

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

GÉNÉRALISATION

de la

Clause à Ordre ou au Porteur
par Rapport à l'Unité du Droit Privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Samedi 6 Décembre 1919, à 3 heures

PAR

HURMUZ AZNAVORIAN



Président : M. WAHL

Professeur : M. PERCEROU

Agrégé : M. RIPERT

PARIS

IMPRIMERIE A. BAILET

14, Rue du Pont Louis-Philippe, 14

1919

GÉNÉRALISATION

de la

Clause à Ordre ou au Porteur

par Rapport à l'Unité du Droit Privé

par

HURMUZ AZNAYORIAN

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE I

Considérations générales sur le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit

Les institutions juridiques se modifient sous l'influence des réalités économiques et sociales, et dans une certaine mesure sous l'influence d'une doctrine qui tend à être unanime. Le phénomène le plus caractéristique du droit moderne comme celui du droit ancien, c'est l'influence considérable de l'interprétation prétorienne sur l'évolution du droit positif. Et, l'interprétation prétorienne n'est autre chose que l'adaptation pratique et équitable des règles du droit d'une certaine époque à la réalité souple et sans cesse variable.

On peut dire sans exagérer, à notre avis, que le droit romain est l'œuvre des préteurs et des jurisconsultes. Ce qu'a fait le préteur dans l'antiquité, la jurisprudence moderne le fait aujourd'hui. De même qu'autrefois, le droit prétorien a dépassé en prestige et influence le droit positif, de même aujourd'hui les grandes collections de jurisprudence, qui renferment les principes et les solutions juridiques, ont presque

(1) V. Ed. Meynial. Les recueils d'arrêts et les arrêtiistes, dans le *Livre du Centenaire* du Code civil, p. 175 et s. (t. I).

déplacé le véritable contenu du droit, en créant et modifiant des institutions, au delà des cadres rigides des règles positives (1). De sorte que, ceux qui veulent se rendre compte du fonctionnement des règles de droit et connaître l'image exacte de la législation d'un pays, doivent étudier non seulement les textes, mais aussi et surtout les arrêts des Cours qui ont suivi la réalité de plus près, qui ont donné satisfaction aux intérêts immédiats des hommes, qui, eux, ne vivent ni pour les principes, ni éternellement par les principes : « *Doctrine et jurisprudence ont fait et font chaque jour encore, œuvre de justice, œuvre de science et œuvre de progrès social. Mais elles font tout cela, sans se l'avouer, même en prétendant, pour le principe seulement, qu'elles ne le font pas* (2) ».

Lorsqu'on lit un arrêt, on est tout d'abord surpris de trouver à côté d'un texte positif ou d'un principe connu, des considérations étrangères au droit. En effet, les considérants des arrêts sont très instructifs à cet égard et leur étude a permis de dégager l'idée qui domine l'évolution rapide des institutions juridiques, vers un type plus souple, plus conforme aux besoins sociaux (3).

Le vieil adage romain « *fiat justitia, pereat mundus* » serait criminel si on le prenait dans son sens absolu. La justice est faite pour les hommes et elle

(2) R. Saleilles, dans la préface de la *Méthode d'interpr.*, de Fr. Gény, p. 15.

(3) Voir un exemple intéressant dans Aubry et Rau-Bartin, 5^e éd., § 537, note 2, quinquies. (A propos du régime dotal).

doit se plier aux exigences diverses et variables des hommes (4). Il est vrai qu'une souplesse exagérée pousserait le droit à l'anarchie, à la très dangereuse instabilité des principes généraux. On comprend aisément les scrupules et la mise en garde de M. Thaller : « ... les générations nouvelles, probablement parce qu'elles sont travaillées par l'esprit critique, marquent vis-à-vis des textes une désaffection qui ne peut être que néfaste (5).

L'œuvre lente et patiente de la jurisprudence, guidée par les lumières d'une doctrine préoccupée également de soucis juridiques et de soucis sociaux, peut suppléer aux inévitables lacunes des législations modernes. Les réformes brusques ne serviraient à rien. Les Cours d'appel, qui suivent la réalité de plus près, nous enseignent que les réformes les plus durables sont les changements sans grand éclat, qui s'accomplissent par une érosion quotidienne, sans même une apparente idée directrice : « ... sans secousse profonde, sans à-coup et sans révolutions brusques, par la seule intervention de la jurisprudence, non plus chargée de s'asservir à un texte mort, mais seul pouvoir effectif qui ait pour fonction de développer un texte incessamment vivant. C'est à elle de ramener au texte les germinations spon-

(4) Paul Gide, *Etudes sur la novation*, Introduction, p. 2 : « La langue juridique est fixe et bornée, les faits juridiques sont innombrables et toujours changeants. »

(5) E. Thaller, *Méthode commerciale*, p. 151, dans « Les méthodes juridiques »^e; du même auteur ; V. *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 49, note 1 et 2.

spontanées que lui offre la pratique des affaires et en même temps de plier le texte aux nécessités nouvelles qui le sollicitent, d'en assouplir la formule, d'en dégager les principes inconnus et de joindre le tout dans une harmonie d'ensemble... (6). »

C'est pourquoi, dans les grandes collections de jurisprudence, on trouve ces changements d'aspect de diverses institutions ou la trace de certaines institutions qui n'ont jamais existé dans le droit positif et qui ne peuvent même pas se formuler (7).

Par exemple, la théorie de l'enrichissement sans cause (*versio in rem*) est construite de toutes pièces par la jurisprudence et par la doctrine : « *L'action de*

(6) R. Saleilles, loc. cit., p. 20.

(7) Ainsi, on n'a qu'à étudier la jurisprudence sur les causes du divorce et de la séparation de corps, de 1884 à 1908. La jurisprudence relative aux clauses conventionnelles ou testamentaires d'inaliénabilité : D. 42.2.218 ; D. 46.4.163 ; D. 79.2.143 ; D. 98.1.17 ; P. 901.1.254. Les exceptions conventionnelles et légales à l'inaliénabilité dotale (art. 1558. C. civ.) sont interprétées extensivement par la jurisprudence. Elle est extrêmement hostile à l'inaliénabilité : S. 900.1.511 (établissement d'enfant) ; pour les aliments à fournir à la famille, il y a une jurisprudence invraisemblable. Elle permet l'aliénation des biens dotaux pour les dettes de jeu du mari ou pour maintenir sa situation ou sa réputation sociale : S. 79.2.5 ; S. 96.1.451 ; S. 906.1.238. On peut relever l'extension de la notion de grosses réparations : S. 81.2.1. Pour les clauses conventionnelles, il est vrai, elle est moins favorable : S. 62.2.15, (l'aliénation est permise mais non pas l'hypothèque). L'arrêt de 1891, exigeant certaines conditions de publicité, pour la dot incluse (art. 1553, C. civ.) marquait encore son hostilité à l'inalié-

in rem verso, dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de loi, est recevable par cela seul que le demandeur offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait par un sacrifice ou un fait per-

nabilité dotale. On peut dire que le régime dotal de nos jours n'a presque rien de commun avec celui décrit dans le Code de 1804. La jurisprudence l'a bouleversé de fond en comble. Toute la jurisprudence concernant les incapacités et l'interposition des personnes dans les libéralités, furent de nombreux exemples de souplesse des règles de droit : libéralités faites aux pauvres sans intermédiaires, D. 901.1.268 ; libéralités adressées à un intermédiaire qui distribuera les largesses : D. 98.1.455, malgré le droit exclusif reconnu par la jurisprudence aux bureaux de bienfaisance : D. 82.3.23. La jurisprudence le dispense même de rendre compte : D. 90.2.303 ; S. 95.2.295. Les libéralités avec charges, la théorie des fondations et surtout les tempéraments admis par la jurisprudence en ce qui concerne l'application de l'art. 900 C. civ., sont autant de preuves de l'idée que nous avons exprimée plus haut. Ainsi, on a créé une théorie (cause impulsive et déterminante) qui fait dépendre le sort de la libéralité d'une question de fait, qui échappe au contrôle de la Cour de cassation : D. 87.1.157. La validité des fondations par testaments est aujourd'hui hors de discussion : D. 86.1.465 ; S. 90.1.241 ; S. 905.2.78. Il y a même certaines maximes qui ont pris force de loi et entraîné la jurisprudence à des solutions téméraires. Ainsi, par exemple, la maxime : « nemo auditur propriam turpitudinem allegans », S. 90.1.497, note Meynial. La Chambre de req., continue la tradition et applique l'adage contre les maisons de tolérance, contre la corruption des fonctionnaires : D. 89.2.253 ; S. 91.2.89, note Meyniad ; S. 92.1.439. Il y a aussi des arrêts qui ne l'admettent pas : S. 95.2.196. La résistance vient surtout de la Chambre civile qui paraît l'avoir complètement abandonnée : S. 1913.1.497.

sonnel, procuré à celui contre lequel il agit (8) ».

La théorie du droit moral de l'auteur, qui fait son apparition un peu trop tard dans la jurisprudence et la doctrine française, confirme la même constatation (9).

L'antiquité n'a pas dit le dernier mot en matière de droit. Les catégories juridiques ne se sont pas fixées et la pensée romaine n'est pas la seule à traverser notre époque qui dispose des moyens propres à créer des institutions qu'il est inutile de rattacher à la tradition.

Comment expliquer, par exemple, l'endossement et la règle de non-opposabilité des exceptions, avec les principes de droit romain ? C'est une institution nouvelle, sortie du monde des affaires, gouvernée par des règles propres à elle, sans aucune parenté avec les institutions classiques (10). On a essayé en vain, nous

(8) Cass. req., 15 juin 1892 ; V. Planiol, *Revue critique* 1904, p. 224. V. aussi les arrêts : S. 90.1.535 ; S. 93.1.281. Les textes qui visent la « versio in rem » sont les suivants : art. 548, 554-556, 570, 571, 594, 1241, 1312, 1437, 1864, 1926, C. civ. fr.

(9) A. Morillot, De la protection accordée aux œuvres d'art dans l'empire d'Allemagne ; Cfr. Ch. Lyon-Caen, *Revue critique*, 1886 ; R. Saleilles, note sous S. 900.2.121 : « Ce droit s'est détaché de la propriété littéraire elle-même et n'en fait plus partie » ; D. 903.1.5.

(10) P. Gide, op. cit., p. 437 : « Comment la loi moderne a-t-elle réussi à les supprimer et à affranchir le commerce des créances, des entraves de la délégation ? C'est grâce à une clause bien simple en apparence, mais que tout le génie des jurisconsultes romains n'avait pas su inventer, la clause à ordre... »

pensons, de lui trouver une explication, c'est une institution indépendante (II).

Sans avoir à étudier ici le mécanisme de ces apparitions de systèmes juridiques en dehors des textes positifs, ni à chercher leurs causes profondes, nous pouvons retenir pour l'étude présente, l'orientation de la jurisprudence vers une plus grande souplesse des règles de droit.

(II) V. p. ; Cfr. aussi Thaller. De la nature jurid. ; Pichon. De l'inopposabilité des exceptions, (thèse) Debray. De la clause à ordre, thèse 1892.

CHAPITRE II

Causes des changements des institutions juridiques. — Tendances de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence vers l'unification du droit privé.

On a essayé d'expliquer les causes profondes de ces changements. A notre avis, la question reste entière. Sont-ce des causes économiques, des causes sociales où des considérations morales? Il est difficile de prendre parti pour l'une d'elles. Peut-être est-ce un jeu de toutes ces causes, prises ensemble, telles qu'elles agissent et déterminent les divers aspects de la vie juridique.

Il est vrai qu'avant d'exprimer un vœu de réforme juridique, il vaut mieux étudier la physionomie générale de la société et les diverses tendances de l'époque (12).

(12) Francesco Cosentini, La réforme de la législation civile, p. 244 : Avant tout, pour adapter non pas artificiellement mais naturellement, un ordre juridique à une société, il est nécessaire de bien connaître cette société, les forces et les tendances qui la dominent, les institutions qui la composent, le conflit des énergies diverses qui s'en disputent le champ. Il est donc nécessaire que l'enquête sociologico-économique précède n'importe quelle conception juridique ». Cfr. les divers articles du Livre du « Centenaire du C. civ. ».

Certains critiques ont reproché au Code civil ses attaches étroites à l'ancien droit français (13). Les législateurs de l'époque, au lieu de saisir l'esprit de leurs temps dans toute son ampleur et de suivre attentivement les tendances sociales et le développement de toutes les branches de l'activité économique (14), se faisaient, au contraire, un titre de gloire de leur érudition en matière de Pothier et de droit romain.

En effet, la richesse du XIX^e siècle, consistant surtout en meubles (15), le régime qui lui allait le mieux était

(13) F. Larnaude. Livre du Centenaire du C. civ., p. 901, t. I., « Le Code civil et la nécessité de sa revision » Cfr. aussi les auteurs cités : Rossi, Accollas, Batbie, A. Colin. Voir aussi la réserve de M. Planiol « Inutilité d'une revision générale du Code civil », p. 955. L'auteur reconnaît les changements opérés et les lacunes, mais trouve inutile une réforme générale, après les nombreuses lois qui ont sérieusement modifié l'ancien Code civil : « On a fait tant de réformes que notre Code civil est, en 1904, presque aussi éloigné du Code de Portalis et de Trouchet que celui-ci l'était de la Coutume de Paris ».

(14) Rossi, Observations sur le droit civil français, considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société (Mélanges, tome II, p. 1-23). D'après Rossi, le Code civil étant l'expression fidèle de la révolution sociale et politique, n'a rien saisi de la révolution économique qui s'opérait en même temps.

(15) Vivante, Traité de droit commercial, vol. IV, n° 967 : « Nous nous trouvons dans une phase économique où la richesse tend de plus en plus à être représentée par des titres de crédit et de circuler économiquement et juridiquement par leur intermédiaire, en créant au-dessus de la circulation des meubles et immeubles, une circulation de papier, qui a ses lois et ses crises propres ». Cfr. aussi A. Colin, *Gaz. du Palais*, 1886. Parmi les principes du Code civil que l'auteur propose de modifier, nous trouvons aussi la prééminence de la propriété immobilière sur la propriété mobilière.

celui plus souple du droit commercial (16). Le droit civil, au contraire, renferme des règles plus conformes aux richesses immobilières. Au cours du XIX^e siècle, le pouvoir législatif était tombé entre les mains de ceux qui possédaient la richesse mobilière. On explique ce déplacement dans l'ordre politique par la dépendance étroite du revenu économique et du pouvoir politique (17). De là, peut-être, l'influence croissante de la législation commerciale sur la législation civile.

Faute d'avoir réformé le Code civil à temps, le droit commercial dut suppléer aux besoins nouveaux, en accaparant ainsi un domaine qui ne lui appartenait pas au début. La codification des lois a été un obstacle sérieux à l'évolution qui s'est accomplie durant tout le XIX^e siècle. Avec tant de « *vieilleries* », le Code civil a dû forcément empêcher ou retarder l'essor de beaucoup d'institutions juridiques, pour lesquelles aujourd'hui, une réforme radicale devient nécessaire.

En effet, depuis quelque temps, l'idée de fondre en un corps unique, toute la législation privée, se fait jour avec beaucoup d'insistance. Quelles sont ses chances de succès ? C'est ce que nous nous proposons d'étudier.

On nous dit que l'unité du droit romain n'a pas empêché le développement économique et social de

(16) Portalis, Discours préliminaire (V. Locré. *Législation de la France*, I, p. 300) : « Les immeubles forment le domaine propre du droit civil et les meubles celui du droit commercial. »

(17) Achille Loria, *Les bases économiques de la constitution sociale*, p. 125 et suiv.

Rome (18). Là, où les règles civiles ne suffisaient pas, des institutions plus souples ont su réaliser des résultats qui se rapprochent des règles du droit commercial moderne (19).

Avant la codification de 1808 des règles commerciales, le régime unitaire était le seul connu (20). Il est vrai que le droit commercial, dérivé des statuts ita-

(18) L'Angleterre et les Etats-Unis, deux grands pays, où le commerce joue un rôle considérable, ne connaissent pas non plus la distinction entre le droit civil et le droit commercial.

(19) P. Gide, op. cit., p. 441 : « Les Romains ne connaissaient ni nos effets de commerce, ni notre monnaie fiduciaire. Grâce à la délégation les créances se mobilisèrent ; elles devinrent des objets de commerce, circulant de mains en mains et de lieux en lieux ». Cfr. Girard, Droit romain, p. 668 et suiv. La généralisation de l'action « institoria » par le préteur, l'application générale des principes du droit des gens « jus gentium » pour faciliter les relations commerciales avec les étrangers, sont autant d'exemples d'influence du droit commercial de Rome sur le droit civil. Grâce à l'action « institoria » les tiers qui ont traité avec la personne en puissance, pouvaient poursuivre le paterfamilias. Au début, cette action a été donnée pour les actes concernant l'établissement que les personnes en puissance étaient chargées de conduire. Petit à petit, en sortant du cercle étroit du commerce, tous les actes juridiques accomplis par les préposés, obligeaient le paterfamilias : « Le chef de famille, rendu de tous temps créancier par les actes de ses personnes en puissance, a fini par être rendu débiteur par leurs contrats ou plus largement, par leurs actes juridiques ». Girard, Traité, p. 668. Dig. 14, 3. De institoria actione ; Gaius, 4.71. Le contrat littéral paraît aussi avoir une origine commerciale.

(20) En matière de commerce on ne connaissait que l'Edit de 1563 (origine des tribunaux de commerce) ; l'Ordonnance du commerce

liens, prit corps de doctrine entre le XVI^e et le XVIII^e siècle, mais le droit civil restait toujours la base du droit privé.

Même aujourd'hui, la violation de la loi civile, en matière commerciale, donne ouverture à cassation.

Après une forte tendance de spécialisation de cette branche du droit privé, aujourd'hui le courant est plutôt vers l'unification avec le droit civil. Mais, après cette longue expérience de spécialisation, malgré la fusion tant désirée, il y aura sans doute certaines particularités qui ne pourront pas être effacées. Chaque code apportera « *le meilleur* » de son expérience. De là, peut-être, certaines divergences et une apparente complexité des institutions juridiques.

L'unité du droit privé n'est donc pas une utopie. Le fait même que cette idée a été chaleureusement soutenue par de grands jurisconsultes (21) et qu'elle a suscité une vive polémique dans le monde juridique, prouve suffisamment son actualité irritante et la nécessité sinon de la réaliser, du moins réfléchir sérieusement sur les justes critiques adressées de part et d'autre. Ainsi, Vivante, dans son article célèbre sur l'unité du droit privé, dit entre autres : « *La suppres-*

de terre de Colbert (1673) et l'Ordonnance de la marine (1681).

En 1801 un projet de Code de commerce fut soumis aux tribunaux pour provoquer les critiques et les amendements nécessaires. Mais jusqu'en 1806 le Conseil d'Etat ne s'en occupa même pas. L'idée d'une codification spéciale n'est venue que plus tard, tant le Code civil paraissait suffire aux besoins de l'époque.

(21) A ne citer que M. Ch. Lyon-Caen, A. Wahl, Vivante, qui sont pour la fusion du droit commercial avec le droit civil. Voir la liste dans Vivante, note de l'Introduction du Traité de dr. comm., vol. I.

sion des tribunaux de commerce (22), l'extension de la procédure sommaire aux affaires civiles, l'extension de la faillite à toute la classe de citoyens, sont ou seront autant d'étapes de cette réforme : chacune d'elles enlève une raison d'être à ce droit professionnel, jusqu'au jour où le contenu du Code de commerce, devenu un droit commun, se débarrassera de l'enveloppe qui oppose un pernicieux obstacle à son ample développement (23). »

Le grand essor économique du siècle a réalisé l'unité économique dans tous les pays, et les relations réciproques des individus ne se confinent plus en des classes étroites et impénétrables. Les institutions sociales et juridiques sont traversées par les mêmes nécessités économiques. On n'a, pour s'en rendre compte, qu'à suivre de près les difficultés auxquelles se heurtent les théories qui veulent limiter ou distinguer les actes de commerce (24). Tout homme fait du commerce. Les

(22) L'Angleterre et les Etats-Unis n'ont pas de tribunaux de commerce. En Hollande en 1838, en Espagne en 1868, en Italie en 1888, en Roumanie aussi dernièrement, les tribunaux de commerce furent abolis. Cette réforme n'a donné lieu à aucune opposition sérieuse. Cfr. Thaller, De l'avenir des tribunaux de commerce, *Annales de droit commercial*, 1889, p. 223. Cfr. Ch. Lyon-Caen. De la juridiction commerciale en France et dans les principaux états, *Annales de l'Ecole des sciences politiques*, 1886.

(23) Vivante, op. cit., t. I. Introduction ; voir aussi *Annales de droit commercial*, 1893, du même auteur, avec une argumentation plus suggestive, sur la même matière.

(24) Thaller, Courte étude des actes de commerce, *Annales de dr. comm.*, 1895 ; Cfr. aussi Ch. Lyon-Caen, Livre du Centenaire, p. 219 : « Souvent, on ne comprend pas, comment la loi a pu consi-

relations sociales de nos jours se commercialisent et le droit, expression fidèle de la société, doit se commercialiser. C'est à peu près l'idée commune de tous les partisans convaincus de l'unité du droit privé. Ce n'est plus dans le Code civil qu'il faut chercher l'image de la société actuelle, mais plutôt dans la législation commerciale. Tandis que le Code civil perd du terrain, le Code de commerce envahit tout le champ de l'activité humaine. (25).

dérer un acte comme civil, alors qu'elle reconnaît à un autre le caractère commercial... Il semble que le législateur se soit livré à une véritable casuistique, dont on a parfois peine à démêler le sens, pour délimiter le domaine du droit commercial, par rapport à celui du droit civil ».

En Angleterre et aux Etats-Unis, ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont essayé de construire une théorie des actes de commerce. Les controverses de la doctrine française sont inconnues dans ces deux pays.

(25) Ch. Lyon-Caen, De l'influence du droit commercial sur le droit civil, depuis 1804. (*Livre du Centenaire*, t. I, p. 205.) Cfr. Thaller, De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes, sur le droit commercial (*Livre du Centenaire*, t. I) : « Le Code civil a pratiqué depuis cent ans envers un grand nombre d'institutions commerciales une hospitalité poussée jusqu'au sacrifice de lui-même. Il a laissé le droit des négociants prendre un pied dans la maison, le droit des négociants en a bientôt pris quatre ». Cfr. aussi Thaller, De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial, dans l'ensemble des sciences, 1892.

CHAPITRE III

Etude sommaire de l'influence du droit commercial sur le droit civil.

— Lois. — Doctrine. — Jurisprudence. — Réserves légitimes.

La jurisprudence civile s'est ressentie de certaines facilités admises par la jurisprudence commerciale (26). Cette dernière, s'inspirant des besoins de la pratique, a souvent favorisé le principe de l'autonomie de la volonté (art. 1134 C. civ.) aux dépens du principe d'ordre public (art. 6 C. civ.). Des textes impératifs ont fléchi et sont devenus interprétatifs de volonté (art. 1690 C. civ.) (27). Certains auteurs même sont allés jusqu'à dire que la juridiction commerciale était supérieure à la juridiction civile, parce qu'elle statuait suivant l'équité (28). Sans pousser les choses à l'exagération, parce que le plus souvent, la jurisprudence d'équité dépend « *de la rectitude et de l'intégrité du jugement du magistrat* » (29), nous pouvons retenir le

(26) Planiol, *Traité élém. de dr. civil*, vol. I, n° 27 : « Le droit commercial a souvent ouvert la voie aux réformes, les besoins du commerce rendant nécessaire l'abandon des règles vieilles.

(27) S. 79.1.421 : « Attendu, en effet, que les dispositions des art. 1690 et suiv., C. civ., ne sont point d'ordre public... » Nous reviendrons sur cette question au cours de l'étude de la clause à ordre, p...

(28) Boucher, *Les principes du droit civil proprement dit et du droit commercial, comparés*.

(29) Thaller, *Livre du Centenaire du C. civ.* (loc. cit.).

fait de l'influence visible de la jurisprudence commerciale sur la législation et la jurisprudence civiles (30).

En matière de dettes commerciales, les intérêts moratoires peuvent courir dès le jour où le créancier a manifesté la volonté d'être payé, sans qu'un acte extrajudiciaire soit nécessaire. L'article 1153 C. civ., modifié en 1900, se contente aujourd'hui d'une simple sommation pour faire courir les intérêts moratoires. La suggestion est incontestable.

La compensation spéciale du compte courant n'est pas étrangère comme influence sur la théorie de la compensation judiciaire en matière civile (31). Ainsi, les arrêts ont étendu l'application de l'idée de « compte

(30) Ch. Lyon-Caen, *Livre du Centenaire*, p. 207 : « Quand deux législations coexistent, la plus équitable, la plus simple, la moins tionalité des individus et ce sont les caractères du droit commercial par rapport au droit civil, tend à s'étendre et à devenir la législation unique et commune. »

(31) S. 79.2.145, note Labbé.

S. 84.1.409, note Labbé.

S. 92.1.373.

S. 94. 1.413. Cfr. aussi René Cassin. De l'exception tirée de l'inexécution, dans les rapports synallagmatiques (thèse 1914, p. 226) ; Aubry et Rau, t. 4, § 326, p. 375, note 9, 5^e édit. : Les divers éléments dont se compose ce compte, forment un tout indivisible et ne sauraient être considérés comme constituant des créances et des dettes, ayant une individualité propre et auxquelles seraient applicables les règles ordinaires de la compensation. En pareil cas, c'est la balance finale qui fixe seule la situation respective des parties. Il a été fait des applications intéressantes de ce principe, tant en matière de liquidation des droits respectifs des époux ou de compte de tutelle qu'en matière d'exécution de contrats commerciaux ».

indivisible » aux relations de famille, notamment à la matière de la tutelle (32), à la matière des reprises et récompenses (33), et ont créé à côté de la compensation par échelettes des mandataires (34), la liquidation de leurs avances et dettes par un « compte indivisible »

Le gage commercial a arraché au domaine de la vie civile certains rapports qui étaient régis par les règles du droit civil. La loi du 28 mai 1858 sur les magasins généraux, la loi de 1868 sur le gage commercial, la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles et la loi de 1906 sur les warrants viticoles, ont dérogé, dans un esprit de faveur et de rapidité, aux règles civiles et ont arraché ainsi, à l'empire du Code civil, la grande majorité des opérations de gage (35).

(32) S. 71.2.132.

S. 76.1. 26.

(33) S. 72.1.313, note Labbé.

(34) Surtout, en matière de rapports synallagmatiques on rencontre cette compensation spéciale, parce que, par leur nature même, ils donnent lieu à l'ouverture d'un compte. Voici, en effet, un extrait d'un arrêt de principe : « ...que les opérations qui se rattachent à un même marché, formant un tout indivisible, constituent les éléments formaliste, celle qui fait le plus complètement abstraction de la nature d'un compte unique, dont le reliquat final est seul à considérer, lorsqu'il s'agit de régler la situation des parties, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les opérations qui constituent l'exécution du contrat et celles qui seraient la violation ». Cass. civ., 8 juillet 1892 (S. 92.1.373).

(35) Il y a, en France, plus de 150 magasins généraux. La compagnie des magasins généraux de Paris reçoit plus de 800.000 tonnes de marchandises annuellement.

La jurisprudence considère comme acte de commerce tout dépôt dans les magasins généraux et toute circulation par endossement des warrants (36).

Le gage des fonds de commerce a été traité extensivement par la jurisprudence, en englobant aussi les marchandises, avant la loi du 1^{er} mars 1898 (37). Le transfert de garantie, forme commerciale de nantissement des titres nominatifs, paraît être la solution qu'on devait appliquer même aux dettes de nature civile (38). Le privilège du bailleur d'immeuble (art. 2102-1^o C. civ.), en cas de faillite du locataire, a été restreint par la loi du 22 février 1872. Cette loi a entraîné celle du 19 février 1889 sur le privilège du bailleur d'un fonds rural.

La publicité du régime matrimonial avait été organisée pour les commerçants (art. 65 C. comm.). La loi du 10 juillet 1850 a organisé une publicité pareille sans tenir compte dorénavant de la profession des époux.

Partout on remarque le débordement du droit commercial sur le droit civil. Les relations sociales ne peuvent plus être considérées séparément. Une pénétration intime une dépendance étroite, exigent une uniformité de sanctions. En rapprochant ces deux branches du droit dans une étude comparative, on pourrait facilement éviter certaines contradictions inutiles et choquantes (39).

(36) Pasicrisie (belge) 1884.3.142 ; *Journal du Palais*, 1863, p. 282.

(37) D. 88.1.35.

(38) Thaller, *Traité*, n^o 1082.

(39) Laissant de côté les sérieuses critiques adressées aux faveurs spéciales du régime commercial par rapport au régime civil (comme

Le crédit, force progressive de la vie sociale et économique, exige l'extension de la faillite aux débiteurs civils. Par l'absence de la faillite civile, la crise agraire devint, en Italie (1892-93), une crise financière. La répercussion s'est ressentie très loin. Le commerce en souffrit par l'élévation du taux de l'escompte. Cette différence entre les sanctions juridiques applicables aux différentes classes d'une même société, explique peut-être la faillite qui sévit sur le petit commerce (40). Pris entre les commerçants en gros, qui sont armés de la faillite, et leur clientèle de consommateurs civils, qui n'ont aucune raison de craindre la déconfiture, il ne leur reste qu'à fermer boutique.

par exemple la capacité des femmes commerçantes, la pleine capacité des mineurs qui font le commerce, etc.) on peut relever surtout la différence de traitement infligé au vendeur de meubles en ce qui concerne son privilège, par rapport au privilège du bailleur de fonds, dans deux situations identiques, au point de vue économique. En droit civil, le vendeur de meubles, non payé, conserve son privilège et passe devant le privilège du bailleur, lorsque celui-ci n'ignore pas la dette du locataire déconfit, au moment où la chose entre dans l'immeuble (art. 2102-4° C. civ.) ; en droit commercial, lorsque le locataire est commerçant et fait faillite, l'art 556 C. comm., et la jurisprudence ne permettent plus au vendeur d'exercer son privilège, même si le bailleur se trouve dans la situation précédente, c'est-à-dire qu'il n'ignore pas la dette du prix (S. 95.1.209) ; Cfr. aussi Pardessus, *Cours de droit commercial*, 1821, t. I, p. 46 : « Je placerai au premier rang de mes devoirs, le soin de comparer ces deux législations, j'indiquerai ce qu'elles ont de commun ».

(40) Percerou, *Cours de droit civil comparé* (d'après les notes prises au cours de 1911).

Que dire du prodigieux développement des sociétés commerciales qui, grâce aux avantages incomparables dont elles jouissaient, ont entraîné les sociétés civiles à prendre la forme commerciale, par la force de la concurrence (41) ?

La jurisprudence n'a pas hésité, avant toute loi, à reconnaître la personnalité juridique aux sociétés civiles (42). Commerciales par la forme, elles sont vite devenues commerciales dans le fond, de sorte qu'il ne reste plus, ou à peu près plus, de sociétés civiles de grande envergure.

L'endossement, conséquence de la clause à ordre, est une institution commerciale. Aujourd'hui, il est hors de doute et même d'une pratique fréquente, que les créances civiles soient susceptibles de se transmettre par voie d'endossement (43). La clause au porteur, simplification de la clause à ordre et de même nature juridique, s'emploie dans la rédaction de nombreuses créances civiles (44). Le règlement par filières (45) dans les ventes à terme, n'est qu'une application, en matière commerciale, de l'extension de l'endossement

(41) Ch. Lyon-Caen, De la commercialisation des sociétés par actions, ayant un objet civil (*Revue du Commerce et de l'Industrie*, 1894).

(42) D. 91.1.337 ; Cass., 23 février 1891.

(43) Dans l'étude présente nous nous occuperons en détail de cette question.

(44) A. Wahl, Traité théorique et pratique des titres au porteur (n° 425.467).

(45) Thaller, Traité, n° 1036 et suiv. ; Patoux, De la liquidation par filières, thèse 1899.

aux actes juridiques, en dehors des effets de commerce. La jurisprudence et la doctrine leur sont favorables (46).

Une institution de pur droit commercial comme la faillite ne tardera pas à entrer dans le groupe des institutions du droit civil (47). Un des principaux argu-

(46) D. 78.1.241 ; pour les droits immobiliers, transmissibles à ordre ou au porteur : S. 79.2.313, note Labbé ; S. 83.1.218 ; P. 88.2.161 ; Cfr. Challamel, *Etude sur les cédulas hypothécaires*.

(47) On a institué dans certaines villes, sous le nom de liquidateurs séquestres judiciaires, un véritable régime de liquidation collective du patrimoine des débiteurs civils insolvable, qui a beaucoup de ressemblance avec la faillite commerciale. Ainsi, la jurisprudence a cherché une organisation qui présente une protection analogue à celle de la faillite, c'est le système des liquidateurs séquestres : D. 55.1.11. On organise le dessaisissement du débiteur déconfit : D. 75.2.141. Le séquestre judiciaire représente la masse des créanciers et le débiteur. Les poursuites individuelles des créanciers sont suspendues. La représentation du débiteur emporte le dessaisissement de ce dernier : D. 73.2.149 ; D. 90.1.8 ; *Gaz. du Palais*, 83.2.111. La Cour de cassation a jugé ce système illégal : D. 90.1.8. Voir Charmont, *Revue Critique* 1891 ; Cfr. aussi Garraud, *De la déconfiture et des améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible*, Paris 1880.

(48) En ce qui concerne les législations européennes, on peut dire, sauf dans les pays latins (France, Italie, Roumanie et Belgique) que l'évolution a conduit partiellement à la faillite civile, à une procédure collective de liquidation, pour tous les débiteurs, soit civils, soit commerciaux. Ainsi, dans les pays suivants, on a organisé la faillite civile parallèle à la faillite commerciale : Espagne « concurso de acredere » ; Autriche, loi du 25 déc. 1868 et loi du 16 mars 1884 ; Hongrie, loi du 29 mars 1880 ; Suède, loi du 19 sept. 1862 ; Danemark, loi du 21 mars 1872 ; Norvège, la loi du 6 mars 1899 admet le concordat préventif, imité de la Belgique ; Suisse, loi fédérale du 11 avril 1899, modifiée par la loi du 28 juin 1895.

ments en faveur de l'admission de la faillite civile est tiré de l'utilité du concordat en matière civile. Les législations étrangères ont réalisé déjà cette juste revendication et la faillite civile sanctionne les mauvaises opérations des débiteurs civils (48).

L'attitude de la jurisprudence, malgré certaines réserves très explicables d'ailleurs, de la doctrine assez sérieusement représentée, n'est pas hostile à cette idée d'unification. Des progrès sensibles se sont déjà réalisés (40). La grande majorité des opérations juridiques, qui absorbent presque toute l'activité hu-

Les pays qui suivent, ont organisé une procédure collective unique pour tous les débiteurs : Allemagne « Konkurs-Ordnung » impériale du 10 février 1877, révisée par la loi du 17 mai 1898 ; en Angleterre, jusqu'en 1861 il y a eu deux procédures, « insolvency » pour les débiteurs civils, « bankruptcy » pour les débiteurs commerçants. L'« insolvency » fut abolie en 1861. La loi du 23 août 1883 a réalisé l'unification complète des deux faillites ; Aux États-Unis il n'y a qu'une seule faillite pour les débiteurs civils et commerçants (loi fédérale de 1893) ; en Hollande de même, l'unité du régime a triomphé par la loi du 30 juillet 1893.

(49) Le Code suisse des « Obligations » de 1881, devenu le titre V du Code civil suisse, entré en vigueur en 1892, a réalisé l'unification du droit commercial et du droit civil. Cfr. Rosset, Introduction à l'étude du Code civil suisse, p. 8 : « L'unification du droit privé était commandée par les exigences mêmes de la vie moderne ».

Une grande partie des règles du droit commercial sont entrées dans le Code civil allemand de 1900. Cfr. Riessel : « Der Einfluss handelsrechtlichen Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, für das deutsche Reich ».

maine (50) sont régies par des règles de droit commercial. De nos jours, plus que jamais, on a mis en évidence le rôle déterminant, presque inquiétant même des phénomènes économiques, sur l'évolution des phénomènes sociaux.

Les lois économiques gouvernent le monde (51) et, malgré toutes nos répugnances, la pensée, même la plus noble, semble déterminée par des raisons économiques. Il est possible qu'il y ait une grande part d'exagération, mais, malgré tout, une vérité se dégage de ce débat, vérité incontestable, qui nous oblige à réfléchir : « *L'expansion prodigieuse de la vie économique dans les sociétés modernes; la multiplication variée et indéfinie des trafics, des transports et des contrats, semblent ne pouvoir s'accommoder du cercle étroit des antiques formules. De là, l'apparition et la prédominance du droit commercial, qui est lui-même partie du droit civil, mais partie progressive et envahissante et peut-être destinée à transformer le tout* (52) ».

Il est possible que cette prévision d'Ellero se réalise

(50) Vivante, *Annales de droit comm.*, 1893, p. 8 : « Depuis la naissance jusqu'à la tombe, pour les fêtes nuptiales comme pour les funérailles, c'est désormais, dans nombre de pays, le Code de commerce qui règle les conventions par lesquelles un simple particulier s'engage vis-à-vis d'une entreprise mercantile ». Cette affirmation est vraie, surtout pour l'Italie, où la détermination de la nature de l'acte de commerce a été beaucoup simplifiée.

(51) Achille Loria, *op. cit.*

(52) Ellero, *Programma dell' Archivio giuridico*, 1868, p. 7.

un jour. Nous n'avons nullement l'intention d'exprimer un vœu dans le cadre de notre sujet. Nous avons simplement voulu dégager les idées générales du problème, en gardant une attitude critique et en observant la plus stricte neutralité.

Il y a, sans contredit, une tendance générale et presque symptomatique vers l'unité du droit privé (53). Mais nous devons nous garder de certaines exagérations. Le Code de commerce ne peut pas remplacer le Code civil. La partie des obligations et des contrats est susceptible de fusion, sans pour cela soulever de graves difficultés. En ce qui concerne le droit des personnes et le régime des biens, il n'appartient pas au droit commercial de régler le conflit ouvert par les revendications passionnées de certains groupements politiques. Les questions qui touchent à l'organisation politique et sociale, ne peuvent être résolues avant que les grandes lignes de la nouvelle organisation sociale ne soient définitivement fixées. Il est possible même que le système entier de nos constructions juridiques s'effondre et que le droit prenne une orientation inattendue.

Le sujet que nous nous sommes proposés d'étudier ici est un des multiples aspects du problème de l'unité du droit privé. Toutes les imperfections qu'on reproche

(53) Thaller, *Livre du Centenaire*, p. 234 (t. I) : « Supprimez demain les tribunaux de commerce, cette survivance qui ne paraît pas disposée, il est vrai, à aller rejoindre ses ancêtres ; étendez aux contrats civils les preuves commerciales et il est probable que la fusion définitive s'opérera ».

au système unitaire, toutes les contradictions inhérentes aux diverses matières et dérivées de deux disciplines distinctes, vont se retrouver dans l'étude présente.

Les réserves faites par la jurisprudence relativement à l'assimilation complète des créances civiles à ordre avec les effets de commerce, nous aideront à connaître les difficultés auxquelles se heurte la généralisation des institutions du droit commercial et nous donneront ainsi une idée plus ou moins précise du mouvement qui paraît emporter tout autour de lui

CHAPITRE IV

L'étude spéciale de la clause à ordre nous permet de nous faire une idée assez précise de la fusion du droit commercial et du droit civil.

Parmi les institutions du droit commercial qui ont une tendance à la généralisation, la clause à ordre présente des particularités extrêmement intéressantes. Les contradictions que l'on constate par l'adoption de certaines conséquences seulement de la clause à ordre et les hésitations incompréhensibles de la jurisprudence, sont autant de moyens de saisir l'idée générale qui domine cette évolution vers l'unité du droit privé. On connaît les difficultés que l'on rencontre pour expliquer et justifier l'incohérence du système adopté par la jurisprudence, en l'absence d'un texte positif. Toute la polémique concernant l'adoption intégrale ou partielle des conséquences de la clause à ordre, introduite dans les billets civils, repose sur un point de départ, qui, à notre avis, n'est pas suffisamment mis en lumière.

Avant de discuter la question de savoir s'il faut admettre un même régime pour les billets civils qui contiennent la clause à ordre et les effets de commerce, il faut se demander d'où vient cette nécessité, quels sont les intérêts auxquels elle répond. Nous avons vu, dans les premiers chapitres de cette étude, comment la jurisprudence, par sa tendance naturelle à servir aux

intérêts immédiats, force et dénature les textes positifs, jusqu'à changer de fond en comble une institution.

Pourtant, nous devons reconnaître, il y a une limite qu'elle ne franchira jamais (54). La jurisprudence n'a qu'un souci, répondre aux nécessités immédiates, par les moyens dont elle dispose. Là où cet intérêt n'existe pas, la jurisprudence ne va pas plus loin, au contraire, elle se resserre et garde fidèlement les textes (55).

Ne partant pas d'une conception abstraite et serrant la réalité de près, la jurisprudence ne construit jamais un système d'une logique rigide. Elle exprime la vie,

(54). E. Bartin, *Etudes sur le régime dotal*, préface, p. 4, dans les « Travaux et Mémoires des Fac., de Lille », t. II, Mémoire 7 : « Les dispositions essentielles posées par le législateur sont les blocs de pierre, enfoncés profondément dans le sol, qui marquent de distance en distance, les saillants de l'édifice à venir et sur lesquels doivent s'appuyer ses murs, quel que soit la direction qu'on leur donne dans les intervalles ». — Cfr. aussi, Ballot-Beaupré, *Livre du Centenaire du Code civil*.

(55) Extrait de l'arrêt de la Cour de Lyon, 22 mars 1830 (S. 31.2.238) : « Dès lors, il devient évident que les motifs de nécessité qui ont fait étendre — (plus haut l'arrêt dit : faisant fléchir les principes) — aux billets civils à ordre même non commerçants, le mode de transmission seulement créé d'abord pour les effets de commerce, ne peuvent exister, lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce, d'une obligation notariée ; qu'elle ne peut (l'oblig. civile) par cela seul qu'elle est stipulée payable à ordre, sortir de la classe des obligations civiles ordinaires ; que dès lors, ce n'est point dans le Code de commerce, mais dans les principes généraux du droit civil et spécialement dans l'art. 1690 C. civ. qu'il faut chercher les règles de la transmission ». Nous reviendrons souvent sur cet important arrêt, qui est presque le point de départ de tout le mouvement.

et partant, certaines contradictions qui dérivent des conflits à résoudre, vont se retrouver en elle.

Comment expliquer, par exemple, cette contradiction évidente entre les deux attitudes prises par la jurisprudence, relativement à l'inaliénabilité dotale (extrêmement hostile à l'adoption du régime dotal) et les clauses l'inaliénabilité (extrêmement favorable) ?

L'étude de la clause à ordre nous permettra de suivre de près les procédés que la jurisprudence emploie pour réaliser la fusion du droit privé. Nous connaissons par là, les limites du droit civil et du droit commercial telles que la jurisprudence les conçoit et nous aurons une idée plus claire de la nécessité et de la réalité de l'unité du droit privé. Le problème nous paraîtra moins abstrait qu'il n'en a l'air et nous verrons que jusqu'à un certain point il correspond aux besoins de la vie moderne.

Ce qui est intéressant à retenir tout d'abord, c'est que, malgré l'altération visible de la physionomie des créances civiles qui contiennent la clause à ordre, sous l'influence du droit commercial, certains traits caractéristiques du régime civil restent intacts. Là est l'originalité du système de la jurisprudence qui a mis de côté les constructions rigoureusement logiques.

Ce système généralisé nous permettra de nous faire une idée plus exacte de la fusion possible du droit privé. En effet, il nous est difficile de supposer que deux expériences parallèles de la vie juridique, l'expérience du Code civil et celle du Code de commerce, en se fusionnant, effaceraient toutes les traces d'origine, en nous présentant un aspect uniforme des institutions juridiques.

DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE I

Conflits entre la loi civile et la loi commerciale. — L'idée qui domine la législation commerciale

La lettre de change est le type d'une obligation rigoureusement commerciale. Elle exprime, tant par les fonctions qu'elle est appelée à remplir que par les facilités de circulation, la conception même du droit commercial. On peut dire de la lettre de change qu'elle est l'image fidèle du monde des affaires. Toutes les qualités et tous les défauts de ce monde se retrouvent en elle, concentrés, serrés, lui donnant une physionomie originale, la détachant nettement des autres institutions juridiques.

En effet, quelle est l'idée fondamentale, le principe ressort, qu'on retrouve invariablement à l'analyse de toutes les institutions commerciales? le crédit. De tous les temps, le monde des affaires a subi son influence déterminante et aujourd'hui, plus que jamais, son rôle ne peut pas être contesté. Les textes même de loi ont subi certaines déformations sous l'influence du crédit. Tandis que le Code civil exclut toute idée de présomption de solidarité (art. 1202 C. civ.) et exige une déclaration expresse, le Code de commerce, au contraire,

admet dans presque toutes ses institutions la présomption de solidarité (art. 20, 22, 140, 142, 187 C. comm.).

Tandis que le Code de commerce organise, pour faciliter le recouvrement des créances, la faillite, inspirée des soucis d'égalité entre créanciers, le Code civil, au contraire, abandonne les créanciers à l'arbitraire et au désordre de la déconfiture.

Le Code civil interprète les textes plutôt en favorisant le débiteur (art. 1162 C. civ.) et en lui accordant un délai de grâce (art. 1244 C. civ.) le Code de commerce, au contraire, vient au secours du créancier, en refusant tout délai de grâce (art. 187 C. comm. Pas de pitié dans les affaires ! N'y a-t-il pas là des signes assez visibles de la différence des deux conceptions de vie, enfermées dans deux Codes distincts ?

Le conflit entre la conception de la loi commerciale et de la loi civile est mieux marqué encore dans la jurisprudence qui s'est développée en matière d'effets de commerce, signés par les mineurs. On sait combien la loi civile a eu soin de protéger l'inexpérience de l'incapable mineur (art. 1305 C. civ.). Elle ne le rend responsable qu'au cas d'enrichissement et au cas de délit. Pourtant, il faut remarquer qu'elle hésite à délimiter cette responsabilité, en rendant ainsi très difficile l'appréciation des éléments qui constitueraient véritablement un délit dans l'acte commis par le mineur. Ainsi, lorsqu'un mineur signe un effet de commerce, sera-t-il par cela obligé ? D'après la loi civile, le vice de minorité est toujours opposable. Mais, par contre, pour des raisons de crédit, la loi commerciale veut qu'on assure la protection accordée au porteur de

bonne foi, en considérant purement et simplement le vice de minorité purgé par l'endossement.

La jurisprudence s'est déclarée en faveur du mineur non sans hésitations de sa part ni protestations de la part de la doctrine (56).

La question en reste toujours là, elle se pose dans les mêmes termes : faut-il sacrifier la loi civile à la loi commerciale ? Il est impossible aujourd'hui pour nous, qui sommes engagés dans le grand remous de l'unification, de prêcher la séparation absolue de ces deux branches du droit privé. Ici, en effet, nous touchons au vif du problème, nous sommes sur les grandes lignes de démarcation du droit civil et du droit commercial. Si la vie et la société ne nous offrent plus de limites, si nous ne distinguons plus « *un civil* » d'un « *commerçant* », nous ne pouvons pas aller pourtant jusqu'à sacrifier toutes les règles fondamentales du Code civil.

(56) S. 35.2.417 ; après une contradiction entre deux arrêts successifs : Paris, 17 juillet 1894 (D. P. 95.2.25) et Paris, 27 avril 1896 (D. P. 98.2.257), l'un déclarant valable l'engagement du mineur, l'autre le déclarant nul, la Cour de cassation, qui tout en déclarant « que les lettres de change souscrites par un mineur non négociant sont nulles, d'une nullité radicale et absolue ; — Que cette nullité résultant de la loi, est d'ordre public... » a trouvé un moyen indirect à satisfaire aux besoins du commerce et du crédit, faisant appel à la théorie des quasi-délits (la postdate dans l'espèce était considérée comme un délit civil) et rétablissant ainsi la validité d'un engagement, lequel, d'après la loi civile était entaché de nullité : Cass. 15 nov. 1898 (D. P. 99.1.439).

Certaines atténuations, certaines concessions de part et d'autre seraient plus utiles et, à notre avis, il est prudent d'éviter toute idée d'unification absolue, définitive. Le danger est sérieux. L'exemple des mineurs et tant d'autres encore nous avertissent à temps des risques que pourraient courir les sociétés bien organisées, des suites d'une pareille législation.

CHAPITRE II

Suite. — Premières résistances de la jurisprudence civile devant l'invasion des règles commerciales. — Premières concessions. — Etude de cette jurisprudence. — Etude de la doctrine favorable à l'extension de la clause à ordre aux obligations civiles. — La clause au porteur.

Une autre idée, qui autrefois a eu une importance capitale et qui ne correspond plus aujourd'hui à une nécessité évidente, a été la remise de place. Cette seconde fonction de la lettre de change a perdu sensiblement de son importance, grâce à la monnaie fiduciaire. Pourtant, il est prématuré de dire que le monde des affaires pourrait se passer des moyens autres que la monnaie, pour faire circuler toutes les valeurs dont il dispose. L'effet de commerce, à l'instar de la monnaie, facilite cette circulation des valeurs et remplace souvent la monnaie, là où elle fait défaut.

Dans l'étude présente nous allons voir laquelle de ces deux fonctions sera attribuée aux créances civiles à ordre ou au porteur et si elles peuvent être appelées à jouer le même rôle, dans les mêmes conditions que les effets de commerce. Là est tout le problème.

Le crédit est la clef de voûte du droit commercial. Toutes les fois qu'une controverse s'est engagée sur l'application pratique d'un principe de droit, la jurisprudence a coupé court pour des raisons de crédit en

matière commerciale et à l'inverse, elle a fait appel aux principes de droit en matière civile (57). La lettre de change, avec son régime spécial, a provoqué un désarroi dans l'apparente harmonie des règles du droit. Pour en expliquer le régime, diverses théories se sont disputées le mérite et pour en adapter les conséquences à la vie pratique, tous les principes juridiques ont été sacrifiés, au nom du crédit. Il y a des auteurs qui sont allés jusqu'à dire que pour des raisons de crédit, on devait valider des obligations auxquelles le consentement manquerait ou dont le consentement serait vicié par la violence (58).

M. Pichon, en effet (59) essaye de nous démontrer

(57) Voici un arrêt, à propos des créances civiles à ordre, dont les considérants précisent cette idée : Cour. de Lyon, 22 mars, 1830 (S. 31.2.238) : « Attendu que la faculté de transmettre vis-à-vis de toutes personnes de semblables engagements, par le seul effet de l'ordre, a été introduite dans *l'intérêt du commerce*, pour faciliter la circulation des valeurs commerciales, pour en faire une espèce de monnaie courante ;... il est évident que *ce motif ne saurait se rencontrer* lorsqu'il s'agit d'une obligation civile ordinaire... ». Nous voyons déjà l'attitude de la jurisprudence. Elle ne demandera pas aux créances civiles le même service qu'elle exige des effets de commerce.

(58) Ch. Lyon-Caen et Renault. Les auteurs ont d'abord soutenu l'opposabilité des exceptions de violence et d'incapacité (*Traité de dr. comm.*, 3^e éd., t. 4, N^{os} 190-202) ; mais dans l'édition suivante (4^e éd., t. 4, N^o 203), ils soutiennent le contraire, l'inopposabilité des exceptions de violence et d'incapacité. — Cfr. aussi A. Pichon, De l'inopposabilité des exceptions (thèse, 1904, p. 121).

(59) A. Pichon, op. cit., p. 115.

même que cette exigence ne serait point en contradiction avec les principes. Personne ne conteste, dit-il, qu'on ne peut plus opposer à un porteur ultérieur, l'exception de compensation qui était opposable aux précédents endosseurs. Or, d'après l'article 1290 C. civ., la compensation opère de plein droit. C'est donc une obligation inexistante, éteinte, qui se transmet par endossement. La validité de cette transmission n'est pas contestable. Pourquoi ne pas admettre alors la circulation d'une lettre de change, dont la signature est fausse ? La situation est la même. Là, on transmet une obligation inexistante, ici on transmet un titre faux à son origine, pourquoi la jurisprudence prendrait-elle une autre attitude ?

A notre avis, c'est une interprétation un peu hâtive et qui résulte d'une analyse insuffisante des textes. La théorie d'une compensation rapide, instantanée, n'est conforme ni avec la tradition, ni avec les textes actuels (60). Le raisonnement est basé sur une confusion de principes.

Mais ce qui est évident, c'est leur but d'arriver à un résultat pratique de circulation rapide. Pour ne pas compromettre le crédit qui est dû à ce genre de titres, ils préfèrent *« fléchir les principes »*.

Sans aller jusque-là, à admettre des situations juridiques impossibles, nous pouvons relever ce trait que

(60) A. Colin et H. Capitant, Cours élém. de droit civil, vol. II. D'après les auteurs, le système de la compensation spontanée est contradictoire et il tombe devant un texte précis du Code civil (art. 1295 C., civ.). Si la compensation s'opère même à l'insu des débiteurs, alors le juge pourra-t-il suppléer d'office ce moyen d'extinction ? non,

les besoins pratiques du commerce ont pourtant « *fait fléchir certains principes juridiques* » avec plus ou moins d'élégance. Voici l'aveu dans l'arrêt que nous avons cité à plusieurs reprises, tant il contient en germe les idées générales de toute l'évolution ultérieure : « ... *parce que, dans l'usage il était impossible de distinguer le billet commercial de celui qui ne l'était pas, la jurisprudence, plutôt que la loi, faisant fléchir les principes pour ce cas spécial...* (61) ». Il s'agissait du régime à appliquer aux billets à ordre qui ne sont pas toujours commerciaux par leur nature. Le billet à ordre peut être signé même à l'occasion d'une dette civile. C'est de la pratique courante. Pourtant la jurisprudence n'a pas hésité à lui appliquer la loi commerciale du change « *parce que dans l'usage il était impossible de distinguer le billet commercial de celui qui ne l'était pas* ». Par conséquent, par argument *a contrario*, là où cette distinction sera possible, là où

tant que les parties n'ont pas manifesté leur volonté de compenser. Le rapprochement des art. 1290 et 1295, C. civ. suffit à nous rendre compte de la contradiction évidente des textes. Si le débiteur accepte purement et simplement la cession, il est censé avoir renoncé à la compensation, voilà la raison. La compensation ne s'opère pas de plein droit, il faut ou une déclaration expresse ou une renonciation tacite. Cela revient à dire que notre système se rattache à la tradition romaine. — Cfr. le système allemand (art. 388, C. civ. all.). Il faut une déclaration adressée par une des parties à l'autre, pour que l'extinction réciproque se produise. Voir Saleilles, op. cit., n° 55 et suiv.

(61) Lyon, 22 mars, 1830. (S. 31.2.238.)

elle dépendra des signes visibles, la jurisprudence n'hésitera pas à appliquer la loi respective aux obligations à ordre. Il est aisé de prévoir les difficultés auxquelles se heurtera la jurisprudence, lorsque se posera la question de l'assimilation des créances civiles à ordre avec les effets de commerce. Là où elle distinguera le caractère civil de l'obligation, elle refusera d'appliquer la loi du change.

Il faut avouer que ce système est loin d'être en harmonie avec les principes. Ce n'est pas à la nature civile ou commerciale de l'obligation que se rattache l'endossement et tout le système du change. La forme du titre a amené cette conséquence, c'est à elle que revient tout l'avantage de la simplification de circulation. Tout au moins pourrait-on admettre la réserve en ce qui concerne les dernières conséquences du change. Nous laissons de côté, pour le moment, cette question.

La résistance de la jurisprudence est bien caractéristique et très ferme en ce sens, dès le début :
« Attendu que, s'il est permis de stipuler qu'un titre de créance non commercial sera négociable par voie d'endossement parce qu'aucune disposition législative ne le défend, cette stipulation ne peut pas faire perdre au titre son caractère, ni changer sa nature de créance civile, pour lui faire produire les effets d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, qui ne peuvent appartenir qu'à des titres de créances commerciaux et jamais à des titres de créances purement civils (62) »

(62) S. 46.2.482 ; D. 78.2.133.

Elle est ferme et résolue. Elle entrevoit même les conséquences lointaines de cette assimilation : « *Autrement il y aurait mélange et confusion des lois civiles avec les lois commerciales ; ce serait confondre ce que le législateur a pris soin de distinguer dans les différents codes qui constituent notre législation* (63) ».

La même idée, souvent dans les mêmes termes, est reproduite dans de nombreux arrêts (64). Spécialement, à l'occasion de la règle du change de l'inopposabilité des exceptions, les arrêts nous donnent de nombreux exemples d'hostilité et de contradiction, à l'égard de l'extension des règles dérivées du régime de la lettre de change.

Pourtant, nous nous hâtons de dire ici que certaines règles de droit civil vont s'effacer ou disparaître, et que la confusion des règles de ces deux Codes sera la conséquence inévitable des titres qui portent presque les mêmes mentions, qui se sont soumis à la même forme, sans avoir à remplir le même rôle économique.

En effet, la jurisprudence ne reconnaît qu'aux effets de commerce la fonction de crédit et leur applique la loi spéciale du change, avec toutes ses conséquences. Sur ce point, elle est ferme.

La jurisprudence, pourtant, n'a pas voulu fermer ses portes au progrès. Divers intérêts, même civils étaient souvent compromis à cause du retard et de difficultés de transmission des titres qui les exprimaient. Elle leur a accordé la faculté de se transmettre

(63) Même arrêt.

(64) S. 76.2.200.

par voie d'endossement, seulement dans les rapports entre cédant et cessionnaire. C'était la première concession : « ... mais pour opérer la saisine à l'égard des tiers, cet endossement doit être signifié au débiteur ou être accepté par lui, dans un acte authentique... (65) ». Cette résistance timide ne devait pas durer trop longtemps. Transmettre par voie d'endossement et revenir aux formalités de l'art. 1690 C. civ., ne signifiait point un progrès. Les actes qui constatent des obligations commerciales et qui ne contiennent pas la clause à ordre, ont été facilement admis à être transmis par endossement, dans les rapports entre cédant et cédé (66). Ce résultat était connu, l'opération était d'une pratique courante. En étendant cette règle aux créances civiles, la jurisprudence écartait, il est vrai, certaines difficultés, mais ne tranchait pas encore le problème. Il fallait donner toute son ampleur à la règle, autant qu'elle est compatible avec les principes et ne nuit pas, par confusion, à la circulation des autres titres.

Aujourd'hui, la question ne se plaide plus. Voici un arrêt, entre autres : « *Attendu que l'effet légal de la stipulation payable à ordre est de rendre l'obligation transmissible par l'endossement qui manifeste l'ordre du créancier, et que cette transmission s'accomplit à l'égard du débiteur cédé, aussi bien qu'entre le cédant et le cessionnaire* (67) ». Dorénavant, les arrêts répè-

(65) S. 76.2.200.

(66) D.P. 66.1.56 ; D.P. 69.1.445).

(67) Civ. cass., 8 mai 1878 (S. 78.1.292). Cet arrêt est presque de principe, nous reviendrons souvent à lui.

tent à l'envi : « *S'il est permis de stipuler qu'un titre de créance non commercial sera négociable par voie d'endossement... (68) »*

L'ordre public a cédé le pas à l'autonomie de la volonté (art. 114 C. civ.). Il est extrêmement intéressant de suivre dans la jurisprudence cette lutte engagée entre une règle impérative et l'autonomie de la volonté. Finalement, c'est cette dernière qui l'emportera. On revient ainsi à la tradition romaine.

Nous reproduisons à dessein les arrêts, pour relever avec leurs propres expressions, les diverses justifications de l'extension des règles commerciales. Voici un arrêt qui nous donnera presque la clef du problème : « ... la question se réduit à savoir si l'on peut valablement stipuler qu'une obligation purement civile ou un effet de commerce dégénéré pour cause d'imperfection, en simple promesse, pourra toujours être rendu négociable par voie d'endossement ; ce mode de transmission de la propriété des créances n'est pas exclusivement réservé au commerce, puisque la loi admet dans les billets à ordre, le caractère civil comme le caractère commercial et que, l'intention du législateur ainsi que l'expliquent les motifs du quatrième livre du Code de commerce, a été d'accroître la masse des valeurs mises en circulation sous cette forme, non seulement dans l'intérêt du commerce, mais encore dans celui de l'agriculture (69) ».

Accroître la masse des valeurs mises en circulation,

(68) S. 46.2.482.

(69) Pau, 25 juin 1836 (S. 37.2.107) ; P. 94.2.337 ; Droit, 23 janv. 1893.

voilà la raison intime, secrète, de ce phénomène de débordement de la législation commerciale du change sur une partie de la législation civile.

Avant de procéder à l'analyse des questions soulevées par l'arrêt cité plus haut, arrêtons-nous un instant pour suivre l'évolution parallèle de la doctrine. La doctrine faisait le même effort et aboutissait presque au même résultat, par endroit même elle dépassait les conquêtes réalisées par la jurisprudence et demandait l'assimilation complète de ces deux catégories de créances. Cette question est réservée pour le moment, mais ce que nous pouvons dire, c'est répéter encore une fois ce que nous avons soutenu plus haut. La jurisprudence ne construit pas de systèmes abstraits. Tout en tenant compte des règles du droit, elle ne perd pas le contact avec la réalité. Au contraire, elle est plutôt prête à fléchir les principes qu'à renoncer à la satisfaction des besoins inévitables que le progrès social et économique lui impose.

Parmi les premiers, M. Beudant, dans une note sous l'arrêt de la Cour de Cassation (70), apporte

(70) D. 78.1.241 ; dans le même sens, les auteurs suivants se sont déclarés favorables à l'admission de la clause à ordre avec ses conséquences, dans les créances civiles : Br. Veyrières, *Traité de dr. comm.*, t. III, p. 141 ; Pardessus, *Droit comm.*, t. II, n^{os} 330 et suiv. ; Massé, *Dr. comm.*, t. III n^o 1573 et t. IV n^{os} 2301-2302 ; Nougier, *Traité de la lettre de change*, t. I, n^o 602, 609 ; Alauzet, *Code de comm.*, 2^e éd., t. III, n^o 1342 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, t. III, n^o 98 ; Boistel, *Précis*, n^o 730, 746 et 839. Guillouard, *vente*, n^o 751-53 ; Daux, Debray, Pichon (thèses).

l'appui de sa haute autorité et de la doctrine française à ce mouvement qui remonte, comme nous venons de voir, dans la jurisprudence, assez loin (71). Nous reproduisons ci-dessous un extrait de cette note célèbre, pour éviter les redites, tant les idées nous paraissent claires et la mise au point du problème juste : « *Aujourd'hui, l'exception tend à élargir son domaine ; l'usage de l'ordre et de l'endossement, d'abord restreint aux effets de commerce, pénètre dans la vie civile. C'est au nom de la célérité qu'exigent les affaires commerciales, de l'intérêt qu'il y a pour les commerçants à opérer avec rapidité et économie, que l'on a, au XVII^e siècle, apporté une première dérogation au droit commun de la cession de créance ; on reconnaît maintenant que le temps n'a pas moins de prix dans la vie civile que dans la vie commerciale, que la célérité et l'économie sont choses bonnes pour tout le monde, qu'il n'y a pas de raison pour en limiter le bénéfice à une classe de personnes. De plus en plus, la pratique civile tend à s'écarter des habitudes lentes, graves et parfois trop circonspectes du droit commun ; elle emprunte à la vie commerciale ses procédés ; le droit commercial tend manifestement à absorber dans bien des cas le droit civil (72). »*

D'autre part, M. Bravard-Veyrières précise et serre la question de plus près et crée l'expression qu'on va retrouver dorénavant dans les arrêts : « *C'est donc de*

(71) V. Merlin, Rép. Alph., Billet au porteur. Cour de Bruxelles, 8 juin 1825.

(72) Note sous Civ. Cass., 8 mai 1878 (D. 78.1.241)

la clause à ordre, uniquement de cette clause que dérive la faculté de céder un titre par endossement. Ainsi, on se méprend gravement, quand on veut la rattacher à la nature civile ou commerciale du titre (73) ».

Par conséquent, les bénéficiaires de l'endossement sont saisis même à l'égard des tiers, en vertu de la clause à ordre. La règle de l'article 1690 C. civ., sera écartée. Toute la difficulté consistant dans l'admission de la clause à ordre dans une obligation civile, le reste devait dériver du jeu normal des principes généraux. Voilà pourquoi la résistance la plus vive a été opposée à cette insertion de la clause dans les obligations autres que la lettre de change.

Avant d'étudier les origines de cette première brèche ouverte à la doctrine classique du transport des créances (art. 1690 C. civ.), il est utile de connaître les premières résistances de la jurisprudence à cette invasion inopportune des règles étrangères au Code civil. Les arrêts reproduisent presque la même idée : si le législateur commercial a dérogé aux règles ordinaires de la cession des créances, c'est seulement, disent-ils, à l'égard des effets de commerce mais non pas en faveur des titres qui ne sont valides, eux, que grâce aux formalités prescrites par le Code civil. Voici un arrêt entre autres : « *qu'il résulte de tout ce qui précède, qu'une obligation civile notariée, souscrite à ordre, ne*

(73) Br. Veyrières, *Traité de droit comm.*, t. III, p. 140 ; Contra, Laurent, *Principes de dr. civ. fr.* t. 24, n° 498 ; Vavasseur, *Tr. des Soc. civ. et comm.*, 2^e éd., t. I, n° 479 : « l'endossement est la voie extra-civile de cession ».

peut en aucune manière être assimilée à un effet de commerce ou à un billet à ordre même non commercial, qu'elle ne peut, par cela seul qu'elle est stipulée payable à ordre, sortir de la classe des obligations civiles ordinaires ; que dès lors, ce n'est point dans le Code de commerce mais dans les principes généraux du droit civil et spécialement dans l'article 1690 C. civ., qu'il faut chercher les règles de la transmission (74) ».

Les arrêts d'abord ont refusé l'insertion de la clause à ordre ou au porteur dans les créances civiles, ce qui était plus logique : « Attendu que les lettres de change et les billets à ordre, dont la création a été autorisée par la loi, dans l'intérêt du commerce, jouissent de privilèges dont sont privés les titres ordinaires de créances (75) ».

Après, ils ont admis la clause à ordre produisant son effet seulement entre cédant et cessionnaire, comme dans une vente ordinaire. La jurisprudence s'opposait à la prétention d'écarter l'application de l'article 1690 C. civ. aux obligations civiles à ordre.

Mais alors, par quels moyens a-t-elle su tourner la difficulté et admis l'extension de la clause à ordre ? Nous avons vu plus haut la cause économique qui a poussé la jurisprudence sur la voie des concessions : « il fallait accroître la masse des valeurs en circulation ». Mais ici nous sommes sur le terrain du droit et

(74) Cour de Lyon, 22 mars 1830 (S. 31.2.238). Les arrêts des Cours de Grenoble, 7 février 1835 (S. 1835.2.340) et de Limoges, 27 nov. 1845 (S. 46.2.482), reproduisent la même théorie ; Riom, 27 juil. 1875.

(75) Caen, 14 juin 1876.

comme aucune loi n'a eu souci de résoudre la difficulté, la jurisprudence a cherché par tous les moyens à réaliser un résultat qui correspondait aux intérêts de la vie pratique. Il importe donc de savoir d'où et comment la jurisprudence a pris ses éléments de construction d'une théorie qui se justifie difficilement, au point de vue juridique. Car le principe de l'endossement, avec tout son cortège de conséquences, venait d'une discipline sans doute étrangère au droit civil et qui allait diminuer sensiblement et même rendre inutile, une disposition si importante que celle de l'article 1690 C. civ. Cela équivalait presque à une révolution. Le point de départ admis, il ne fallait plus s'arrêter dans la voie des concessions et l'aboutissant de cette réforme, timide au début, devait être fatalement celui que prévoyait déjà la jurisprudence contraire, l'assimilation complète des obligations civiles à ordre avec les effets de commerce. Une telle conséquence paraissait redoutable, vu les intérêts divers qui étaient engagés et le bouleversement d'un système qui avait derrière lui l'avantage de l'expérience et même la tradition de l'ancien droit français.

On comprend dès lors aisément, les scrupules et les hésitations de la jurisprudence de la première époque. D'autre part, le développement économique et commercial du siècle exigeait au moins de la part de la jurisprudence une réforme que la loi tardait à réaliser. Les législations sont lentes, elles ne cherchent pas à faire l'effort nécessaire d'adaptation au mouvement rapide qui change plus vite qu'elles ne le pensent, l'aspect général d'une société.

La jurisprudence, par conséquent, était dans son rôle. Mise en contact intime, direct, quotidien avec la réalité, elle suit pas à pas les divers changements survenus, elle est la première à s'apercevoir de ce qu'il y a de changé aujourd'hui par rapport à hier. Les moyens dont elle dispose sont multiples. Nous avons vu, dans la première partie de cette étude (76) comment une série d'institutions juridiques ont changé d'aspect grâce à la jurisprudence. Elle se sert d'un cadre juridique plus proche de l'institution qui va être adaptée à la vie pratique. L'analogie non pas toujours justifiée ni même contrôlée dans ses détails, lui a permis, lui permet de franchir la barrière, « *fléchir les principes* », comme elle dit. De là, la contagion est facile ; la simplification et l'application pratique, admises pour une catégorie, sont étendues à d'autres et ainsi de suite (77). Dès que le juge aperçoit un intérêt né en dehors des habitudes acquises, il construit une charpente de raisonnement avec des éléments tirés du Code civil. En tournant la loi, il n'a qu'un souci, sauver les apparences. Jeu dangereux qui peut renverser tout ce que la discipline systématique du droit classique a construit depuis des siècles (78).

(76) Voir page...

(77) La théorie de la « *versio in rem* » a été justifiée d'abord par la gestion d'affaires (Laurent) ; on est arrivé, ces derniers temps à la justifier par la théorie de la responsabilité civile (Voir Planiol II ; n° 937).

(78) Voir pourtant Ledru-Rollin, dans la préface du *Journal du Palais*, t. I, 1791, au VIII, 3^e éd., 1837 : Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence.

Dans le cas spécial que nous étudions ici, la jurisprudence, après avoir admis l'usage de la clause à ordre dans les créances civiles, n'a fait aucune difficulté pour étendre ses faveurs à la clause au porteur, qu'elle considérerait de la même famille : « *il n'est pas interdit de contracter sous la forme authentique, une obligation payable au porteur de la grosse du titre* (79) ». L'application a été poussée plus loin. La jurisprudence a admis de bonne heure que les sûretés pouvaient se transmettre en même temps que la créance, par l'effet de l'endossement. A cet effet, pour la cession de l'hypothèque, point n'est besoin de rédiger un acte authentique (80).

Par des considérations d'utilité générale, qui n'ont rien de juridique en elles sinon l'esprit d'équité qui les anime, la jurisprudence a fait une œuvre sociale considérable. Le droit vu à travers cette œuvre ne paraît plus comme une science morte, de pure logique. Au contraire, il se révèle plus vivant que jamais.

(79) Civ. Cass. 9 nov. 1896 ; voir aussi S. 78.1.292.

(80) Cass. Req. 10 août 1831 ; Cass. Req., 22 février 1838 ; Cass. Req. 11 juillet 1839 ; Colmar, 30 déc. 1840 ; Metz, 26 janv. 1854 ; Cass. Req., 26 décembre 1871.

CHAPITRE III

Etude des phases successives par lesquelles ont passé les créances civiles pour être transmissibles par voie d'endossement. — Jurisprudence.

Nous étudierons dans le présent chapitre, les diverses phases par lesquelles ont dû passer les obligations civiles à ordre, pour être transmissibles par endossement.

La rédaction des effets de commerce est nerveuse, dit M. Thaller. La loi prescrit certaines formes qui doivent être remplies. C'est donc un acte solennel. Les formes prescrites par la loi ont été exigées dans l'intérêt du crédit. Les intérêts engagés dans un effet de commerce peuvent être considérables, il est donc normal qu'on écarte les conséquences rigoureuses du change si les formes n'ont pas été respectées. La loi est ferme sur ce point. L'article 112 C. comm., dit : « *Sont réputées simples promesses toutes lettres de change contenant supposition soit de nom, soit de qualité* ».

Qu'a fait la jurisprudence de ce principe ? Elle a étendu l'application en dehors de ce cadre étroit. Ainsi, la mention « *valeur fournie* » étant indispensable, à son défaut l'effet vaudra comme simple promesse. De même, un effet qui porte la clause d'intérêts, devient une simple promesse, une créance ordinaire. L'échéance doit être déterminée ; si elle est condition-

nelle, la lettre de change vaut simple promesse. La date est nécessaire pour la validité d'une lettre de change, même à vue. Or, nous savons que la date peut faire défaut d'un acte sous seing privé. La sanction des omissions ou des clauses incompatibles étant si sévère, la majorité des actes civils qui constatent une obligation seront condamnés, même s'ils portent la clause à ordre ou au porteur. La jurisprudence refusera de leur appliquer les règles du change.

Il importe de connaître les débuts de cette jurisprudence et de suivre son évolution jusqu'aux conséquences extrêmes auxquelles elle a été entraînée. Ce n'est pas toujours dans l'intérêt de la pratique qu'elle est allée jusque-là, c'est plutôt par souci de logique et de raisonnement : « *Attendu que les lettres de change et les billets à ordre, précisément à cause des privilèges qui y sont attachés, sont soumis à des conditions particulières de validité et que, si une ou plusieurs de ces conditions viennent à manquer, ils ne sont plus que des dettes ordinaires, rentrant sous l'empire du droit commun ; qu'il suit de là que le transport n'en est efficacement réalisé, à l'égard des tiers que conformément à l'article 1690 C. civ., (81).* » Par conséquent, l'effet de commerce qui manque à l'une des formalités des articles 110 et 188 C. comm., dégénère en simple promesse, en une obligation civile ou commerciale, transmissible par cession ordinaire (art. 1690 C. civ.). Le droit civil de la preuve écrite (art. 1322 C. civ.) de la date (art. 1328 C. civ.) et de la compétence entrent en jeu. Cette situation paraissait gênante. L'erreur était

(81) Caen, 14 juin 1876. (S. 76.2.200).

toujours possible, vu la rapidité des opérations. C'était revenir au formalisme des premiers temps de Rome. Exiger les formalités coûteuses et longues de la cession ordinaire, c'était entraver nombre d'opérations qui méritaient au moins autant d'intérêt au point de vue du crédit que la grande majorité des actes de commerce. La jurisprudence a cédé. D'abord, en faveur du commerce, elle a admis que les lettres de change ou les billets à ordre, tout en étant dégénérés, seront pourtant transmissibles par voie d'endossement. Ce résultat n'a pas été acquis facilement. La jurisprudence a résisté au début : « *L'absence d'une énonciation valable de la cause du billet à ordre, ne lui laissait, quelles que fussent les formes admises pour sa transmission, que les effets d'une simple promesse, objet d'une cession ordinaire* (82) ».

Mais elle ne pouvait pas garder cette attitude plus longtemps, elle l'a donc abandonnée. Une fois engagée dans la voie nouvelle, elle ne connut plus de limites. Elle est allée jusqu'à valider des actes qui sont entachés de nullité, rien que pour servir au crédit : « *Un billet à ordre peut conserver le caractère d'un effet de commerce et ne dégénère pas en simple promesse, bien qu'il porte la condition qu'il sera nul, si le bénéficiaire en touche le montant avant l'échéance* (83) ».

Nous savons que tout paiement avant l'échéance est fait aux risques du débiteur, en matière de lettres de change. Mais purger un vice ou une nullité par le paiement, c'en est trop. Lorsqu'on est habitué à lire les

(82) S. 50.I.667.

(83) S. 75.I.169.

arrêts, on ne s'étonne plus de ce sacrifice continuels des principes généraux.

Mais la plupart des arrêts reproduisent le système plus raisonnable, dont nous avons parlé plus haut: « *Un effet de commerce ou un billet à ordre, tout en étant dégénéré à cause d'une condition insérée, peuvent être transmis par voie d'endossement (84)* ».

Le terme d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, ne doit pas être conditionnel. Il faut, dans l'intérêt de la circulation sûre et rapide, qu'à l'échéance on n'ait pas à se demander si la condition est réalisée ou non. Un effet de commerce conditionnel est par conséquent dégénéré. Pourtant l'arrêt précité décide qu'il est transmissible par voie d'endossement.

Un billet à ordre, qui n'énonce pas la valeur fournie en devenant une simple promesse, est toujours susceptible d'être transmis par voie d'endossement et cet endossement produira tous ses effets à l'égard des tiers (85). Nous faisons toutefois la réserve de la règle de l'inopposabilité des exceptions, dont il sera parlé plus loin.

Tous ces arrêts ont ouvert la route au rapprochement qui s'imposait alors entre les effets de commerce dégénérés et les obligations civiles à ordre. C'était une simple question de raisonnement. Le billet dégénéré étant une simple promesse et pourtant transmissible par voie d'endossement, il n'y avait aucune raison de refuser aux obligations civiles l'extension des règles

(84) S. 49.I.305.

(85) S. 49.I.305.

commerciales concernant le transport des avances. Les arrêts le répètent à l'envi désormais, en les rapprochant dans leurs considérants, les mettant l'un à côté de l'autre : « *La question se réduit à savoir si l'on peut valablement stipuler qu'une obligation purement civile ou un effet de commerce dégénéré pour cause d'imperfection, en simple promesse, pourra toutefois être rendue négociable par voie d'endossement* (86) ».

Dorénavant, la même question se posera pour tous les deux. L'assimilation est déjà faite en jurisprudence, au point de vue de leur nature juridique et elle est logique et juste. En effet, entre un billet qui ne contient pas toutes les énonciations voulues et celui qui ajoute une condition ou un autre élément incompatible avec l'essence même des effets de commerce, il n'y a aucune différence. Autrement, si la jurisprudence avait admis que les billets dégénérés pour cause d'imperfection seraient transmissibles par voie d'endossement et que les créances civiles à ordre ne le seraient pas, elle aurait consacré un système injuste. Ce serait créer une catégorie de créances entre les effets de commerce et les créances civiles, une classe de billets mixtes ou intermédiaires, se rattachant à la fois aux premières et aux secondes, sans se confondre avec elles. Voilà pourquoi l'arrêt cité plus haut nous paraît juste et équitable. Là, nous voyons le point de départ de ce mouvement qui a favorisé la circulation des créances civiles à ordre par simple endossement.

Le rapprochement était d'autant plus facile à faire

(86) Pau, 25 juin 1836.

que le système de la jurisprudence se rattachait à la théorie du billet à ordre. La première suggestion paraît être venue de là. La théorie commerciale du billet à ordre a été construite sur un fondement positif, sur le texte de l'article 188 C. comm. Cet effet de commerce, on le sait, ne contient pas toujours une obligation commerciale. On règle souvent une dette civile au moyen du billet à ordre. Mais, comme le titre ne contient aucune trace visible de l'obligation qu'elle renferme, qui peut être de nature civile ou commerciale, pour éviter tout embarras qui aurait entravé sa circulation, on a dû l'assimiler à la lettre de change. Dans un arrêt précité (87) nous trouvons l'aveu des causes de cette extension de faveur du régime du change au billet à ordre : « *Dans l'usage, il était impossible de distinguer le billet commercial de celui qui ne l'était pas* ». Dès lors, il n'y avait plus d'obstacle à pousser l'application du principe sur un domaine très rapproché, sur le domaine des créances civiles à ordre : « *Ce mode de transmission de la propriété des créances n'est pas exclusivement réservé au commerce, puisque la loi admet dans les billets à ordre, le caractère civil comme le caractère commercial* (88) ». La brèche ouverte, l'invasion des règles commerciales ne rencontrera plus d'obstacle insurmontable. Dorénavant tout va changer, un bouleversement radical, complet, des règles du droit civil, sera la conséquence de cette infiltration. Le principe de l'autonomie de la volonté reprenant son empire

(87) Lyon, 22 mars 1830 (S. 31.2.238).

(88) Pau, 25 juin 1836 (S. 37.2.107).

traditionnel et mettant à l'écart le principe de l'ordre public, diminuant son champ d'application à son propre avantage, assumera désormais la grande tâche de construire la nouvelle théorie: « *Qu'il est de règle que la loi sanctionne les conventions qu'elle ne défend pas et qu'elle leur prête toute sa force entre les parties qui les ont faites, ainsi que le consacre l'article 1134 C. civ.. (89)* ». Ailleurs, les arrêts diront que « *les parties sont libres de donner à leurs engagements la forme qui leur convient* » et ainsi, grâce au concours d'autres influences aussi, nous verrons se dégager la physionomie de la nouvelle théorie de la cession des créances civiles et commerciales.

Très peu d'arrêts essayent de prendre la défense de la règle de publicité de l'article 1690 C. civ., attaquée de partout: « *Il est hors de controverse que l'article 1690 C. civ., renferme la règle générale pour la transmission des créances civiles ordinaires* ». Personne ne prend plus au sérieux cette affirmation de principe, qui pourtant est exacte. D'autres arrêts, tout en faisant une première concession « *que sans doute, l'endossement régulier d'une promesse à ordre vaut transport entre le cédant et le cessionnaire... parce qu'aucune loi ne prohibe cette forme de transmission de créance (90)* », refusant l'extension de la règle par rapport aux

(89) Même arrêt.

(90) Caen, 14 juin 1876 (S. 76.2.200); est-ce exact qu'aucune loi ne prohibe cette forme de transmission? La loi du 13 brumaire, an VII, sur le timbre (art. 22 et 23) ne défend-elle pas de se servir d'un seul papier timbré pour les divers actes ou transmissions? L'exception est admise pour la lettre de change, mais non pas pour les obligations civiles à ordre. C'est une question à résoudre.

tiers « mais que, pour opérer la saisine à l'égard des tiers, cet endossement doit être signifié au débiteur et être accepté par lui dans un acte authentique, parce que telle est la règle générale posée dans l'article 1690 C. civ. ». Cette défense timide devant une réalité considérable qui débordait de partout, n'a pas pu durer. La grande majorité des arrêts répètent aujourd'hui dans les mêmes termes que la cession d'une créance civile peut se faire par endossement et que la règle de l'article 1690 C. civ. n'est pas d'ordre public : « Attendu, en effet, que les dispositions des articles 1690-1691 C. civ., ne sont pas d'ordre public ; que les contractants peuvent y déroger et qu'ils y dérogent virtuellement, lorsque, s'obligeant à payer à l'ordre du créancier, le débiteur accepte par cela même, à l'avance pour seul propriétaire de la créance, celui qui sera porteur de cet ordre (91) ». La question ne se plaide plus.

Conséquence considérable et qui renverse une institution dont l'origine remonte assez loin.

Telle est la loi de l'évolution. L'infiltration, aux débuts timides d'une discipline étrangère à l'esprit du Code civil, petit à petit envahit tout le champ d'activité, usurpant une situation qu'elle ne méritait pas au début et arrivant à cette conséquence exorbitante à refuser l'application d'une règle générale de transmission même aux obligations qui ne devaient jamais être soustraites à son empire.

Ce n'est pas tout. Après avoir contesté à l'article 1690 C. civ. son caractère d'ordre public, la jurispru-

(91) Civ. Cass., 8 mai 1878 (S. 78.1.292 ; D. 78.1.241).

dence est allée plus loin, guidée cette fois par une doctrine partagée en deux camps opposés. Il ne suffit pas d'écarter l'application de l'article 1690 C. civ., il faut aller jusqu'au bout des principes et admettre une assimilation complète, définitive, des créances civiles à l'ordre, avec les effets de commerce. Et toutes les règles du droit civil qui leur font obstacle, doivent être immolées au nom de la grande loi du progrès : le crédit. Nous avons vu pourtant que les obligations civiles à l'ordre n'étaient pas appelées à exercer cette fonction, que c'était leur demander plus qu'il n'en fallait. Ce mélange d'institution, de traditions différentes ne mènerait qu'à l'incohérence. Mais les constructeurs d'abstractions, les logiciens purs n'ont pas souci des réalités accidentelles que la vie pratique nous fournit à chaque pas. Il faut que le système tienne bien, qu'aucune objection logique ne puisse lui être adressée. Peu importe si la vie pratique aura à en souffrir. La science juridique, pour être science, doit être logique, dégagée de soucis matériels.

Nous allons voir, dans un autre chapitre, comment ces constructeurs d'abstractions sont arrivés à des conséquences extrêmes et ce qu'ils demandent en somme au droit civil. Ni plus ni moins que le sacrifice, le renoncement à tout ce qui constituait le patrimoine reçu en héritage de l'antiquité romaine.

A cette occasion nous verrons, à travers les diverses controverses, les avantages et les désavantages d'une législation qui tend à l'unification du droit privé. Nous répétons encore une fois que le mouvement est en ce sens, qu'il est probable que ce qui paraît aujourd'hui

une simple possibilité, demain soit une réalité. Ce n'est pas pour dire que nous partageons les mêmes opinions.

CHAPITRE IV

L'article 1690 C. civ., n'est pas d'ordre public. — La question de la publicité organisée par cet article. — Publicité insuffisante. — La jurisprudence avait rendu inutiles les formalités de l'art. 1690 C. civ.

Dans ce chapitre, nous nous occuperons des diverses influences qui ont déterminé la transformation de la nature juridique, d'ordre public, de l'article 1690 C. civ., en texte interprétatif. La doctrine classique française l'a toujours considéré comme un texte d'ordre public (92), un texte impératif et non pas interprétatif de volonté. Dans toute cession de créance on devait respecter les formalités de cet article et les parties ne pouvaient pas y déroger. Comment se fait-il que sa nature juridique ait changé radicalement ? Serait-ce seulement l'influence du droit commercial ? Nous ne croyons pas. Le droit commercial y est pour une bonne part, mais il n'explique pas tout. Nous connaissons, en droit civil, des changements analogues de nature juridique. Des textes impératifs se sont transformés en textes interprétatifs, grâce à l'action de la jurisprudence. Les applications qu'on a faites de l'article 800 C. civ., en matière de legs et donations, nous fournissent de nombreux exemples en ce genre (93).

(92) V. Saleilles, *op. cit.*, N° 90.

(93) V. Et. Bartin, *conditions impossibles, illicites*, p. 355 et suiv.

Rien d'étonnant alors que l'article 1690 C. civ., ait changé, lui aussi, de nature, devenant ainsi un texte interprétatif.

On a dit que l'article 1690 C. civ., organisait la publicité des cessions de créances, tout comme la loi du 23 mars 1855 avait organisé la publicité du transport des droits civils (94). Est-ce bien exact? Nous ne le pensons pas.

D'abord, point de registres permettant aux tiers intéressés de se renseigner et de prêter foi à son contenu. Le propre d'un régime de publicité c'est de reconnaître aux tiers le droit de se prévaloir du défaut de publicité, malgré la connaissance acquise par d'autres moyens. Le système de la loi du 23 mars 1855 donne la préférence à celui qui a transcrit le premier, même s'il savait qu'une transmission antérieure était déjà opérée par son auteur. Peu importe sa mauvaise foi. En matière d'hypothèque, la même chose. C'est à partir de l'inscription qu'on va compter la date et l'ordre de préférence des rangs des hypothèques, même si antérieurement à cette inscription, il y avait une autre constitution d'hypothèque sur le même immeuble. Le propre d'une publicité c'est de purger la mauvaise foi.

Ici, nous ne rencontrons pas ce caractère. Les tiers qui pourraient se prévaloir de la publicité, à la différence de ceux de l'article 3 de la loi du 23 mars 1853, sont les suivants :

(94) Colin et Capitant, Droit civil, t. II, p. 168 et suiv.

1. Les créanciers chirographaires du cédant.
2. Les cessionnaires ultérieurs à la première cession.
3. Le débiteur cédé.

Prenons successivement ces trois catégories de tiers qui pourraient se prévaloir du défaut de publicité et étudions les conséquences qui s'ensuivent.

1. Les créanciers du cédant auraient intérêt à connaître une aliénation frauduleuse. Ils ont pourtant l'action Paulienne et, pour l'intenter, ils n'ont pas besoin de savoir si la notification a été faite ou non.

Mais il est possible qu'ils aient l'intention de pratiquer une saisie arrêt. Alors, pour ne pas frapper dans le vide, ils ont intérêt à s'enquérir d'avance, auprès du débiteur cédé sur la situation de la créance. Ils vont s'adresser au débiteur cédé. Celui-ci peut avoir deux attitudes différentes qui rendent inutiles tous les avantages qu'on voulait attribuer à la signification. Il a le droit d'abord, de refuser au premier venu qui exprime l'intention de saisir-arrêter une créance, tous renseignements. Aucun texte de loi ne lui impose l'obligation de se prêter à des investigations de cette nature, pour faire connaître aux autres, la situation de son patrimoine. C'est étendre un peu trop arbitrairement l'application de l'article 1382 C. civ., pour le rendre responsable. En effet, cette obligation n'existe qu'au moment où l'instance en jugement de validité de la saisie-arrêt est engagée. Alors, et rien qu'alors, la loi l'oblige à faire la déclaration des dettes qui seront saisies par les créanciers saisissants.

Mais n'allons pas si loin. Le cédé peut avoir une seconde attitude qui mène au même résultat, c'est-à-dire rendre inutile toute signification, toute idée de publicité. Supposons que le débiteur cédé, faisant l'office de publicité, tout comme le registre des hypothèques, se mette à la disposition des créanciers. Mais, pour des raisons qui le concernent, pour rendre par exemple, un service à son créancier, le débiteur cédé peut dire, qu'en effet, il a reçu une signification de cession de la créance poursuivie, même si, en réalité, il n'avait absolument rien reçu. Comment les créanciers saisissants pourront-ils savoir qu'il n'a pas eu de cession, que leur débiteur est toujours le titulaire de la créance? Les créanciers n'ont aucun moyen de contrôle, tout dépend du bon plaisir du débiteur cédé qui a été transformé par une certaine doctrine en agent de publicité.

2. Deuxième catégorie de tiers, les cessionnaires ultérieurs de la même créance. Quel est l'avantage qu'ils pourraient tirer de la signification? Supposons que le cédant, après avoir cédé sa créance, fasse une nouvelle cession. Ce second cessionnaire se trouve parmi les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de signification. Mais, pour plus de sûreté, il va chercher le débiteur cédé pour se renseigner sur la situation de la créance qu'il vient d'acheter. Le débiteur cédé, pour ne pas changer de créancier ou pour déprécier la valeur commerciale du titre et rendre sa circulation presque impossible, lui dira qu'il a déjà reçu une signification de cession. Quand on est un peu dans les affaires, on se rend vite compte du discrédit jeté sur une créance qui est suspecte d'une cession antérieure.

Est-ce là un régime de publicité ? On dit encore que de deux cessionnaires successifs, celui qui aura le premier recouru à la signification sera en droit de réclamer le paiement. Est-ce exact ? Si le cédé savait déjà d'une manière quelconque, autre que la signification, que la créance était cédée, n'engagera-t-il pas sa responsabilité, s'il paie, de mauvaise foi, à celui qui lui a signifié ? La jurisprudence décide autrement. Le cédé qui connaît par un moyen quelconque, que la créance a été cédée, est obligé d'en tenir compte et de refuser de donner suite à la signification. Nous reviendrons sur cette question, à la fin de ce chapitre, lorsque nous analyserons la jurisprudence sur la matière.

Les règles de la publicité ne doivent pas dépendre de l'arbitraire et la garantie qu'elles offrent doit prémunir contre toute surprise. Nous avons vu, pour les deux catégories de tiers, en quoi consistait le service de publicité rendu par la signification. Il est imparfait, tout dépend de l'intérêt qu'a le débiteur à servir ou à ne pas servir les tiers. S'il a intérêt à ne pas changer de créancier, il fera tout son possible pour discréditer la créance. S'il a intérêt à payer au cédant, il induira en erreur et découragera les créanciers saisissants et sa responsabilité ne pourra être engagée qu'en cas de preuve certaine de fraude. Est-elle facile cette preuve ? A notre avis, elle est souvent impossible. En ce qui concerne ces deux catégories de tiers donc, point de publicité ou du moins, publicité imparfaite.

3. Reste le débiteur cédé. En cas de non signification, quel est le danger qu'il court ? Supposons que la créance a été cédée et le débiteur n'a pas reçu la signi-

fication de la cession. A l'échéance, il paiera sa dette à son ancien créancier, ignorant la cession opérée. Le cessionnaire ne peut pas le rendre responsable. Les exceptions que le cédé pouvait opposer au cédant lui sont opposables. Le paiement fait au cédant a éteint la créance, il ne doit plus rien. Cette exception est opposable au cessionnaire qui n'a pas fait à temps la signification.

Le seul donc qui a intérêt à faire la signification c'est le cessionnaire. Il empêche le cédé de se prévaloir de sa bonne foi, la signification le rendant de mauvaise foi à son égard. Cela revient à dire que la signification consolide son droit et joue un rôle analogue à ce qui se passait dans le droit romain.

D'après notre avis, il est absolument illusoire, le crédit qu'on accorde, au caractère de publicité de l'article 1690 C. civ. Toute la théorie de la cession de créance n'a qu'un seul but, mettre l'acquéreur ou le cessionnaire en communication avec le débiteur cédé, pour qu'il puisse connaître la nature de la créance, se rendre compte de sa régularité et pour éviter surtout les oppositions qui pourraient naître d'un vice antérieur à la cession.

C'est plutôt dans l'intérêt du cessionnaire qu'a été créée cette procédure. La tradition romaine est en ce sens. Il ne s'agit pas d'ordre public ici. L'intérêt du tiers et l'honnêteté des transactions ont créé la notion d'ordre public. Pour qu'on fasse appel au principe élevé d'ordre public, il faut que les tiers soient sérieusement menacés dans leurs intérêts, que le préjudice soit inévitable. La signification rend-elle le préjudice

inévitables ? Assurément non.

Dans une créance à ordre, le débiteur ou les ayants cause du cédant n'ont pas besoin de la protection des règles de l'ordre public. Ce grand principe est en décadence, la jurisprudence a souvent fait des accrocs qui ont changé particulièrement sa physionomie. Des considérations morales ou d'utilité générale, idées confuses et vagues, ont remplacé dans les arrêts, la notion, autrefois précise, de l'ordre public. Le principe de l'autonomie de la volonté a repris tout son rôle à ses dépens.

Il importe de connaître maintenant, l'attitude de la jurisprudence à l'égard de l'application de l'article 1690 C. civ. Comment l'a-t-elle considérée ? Les arrêts vont nous éclairer : « *Attendu qu'en l'état de ces circonstances, bien que les cessions n'eussent pas été signifiées ni acceptées par acte authentique, l'arrêt attaqué a pu, sans violer aucune loi, déclarer nulles et de nul effet, les saisies-arrêts pratiquées* (95). »

Il s'agissait, dans l'espèce, d'un apport fait à la société, d'une créance dont la partie attaquante connaissait le transport. L'apport de société constituant une cession, aucune des formalités prescrites par l'article 1690 C. civ. n'a pas été remplie. Pourtant l'arrêt considère la cession valable « *bien que les cessions n'eussent pas été signifiées* » et repousse les saisies-arrêts pratiquées.

Voici un autre exemple : « *Les juges du fond peuvent en fait, se baser sur les documents de la cause et*

(95) Cass. Civ., 7 juillet 1897 (S. 97.1.581. note A. Wahl).

la connaissance acquise par le débiteur, de l'existence et de la sincérité de la cession, pour annuler le paiement qu'il a fait au cédant (96) ». La règle de l'article 1690 C. civ., est ainsi mise de côté, purement et simplement. Son champ d'application est réduit, ne pouvant être invoquée que par un tiers de bonne foi. Qu'est-ce à dire ? Que si le débiteur ou un tiers a connaissance, par un moyen quelconque de la cession opérée, alors les formalités prescrites dans l'article 1690 C. civ., deviennent inutiles. D'après le système de la jurisprudence, la notification peut être remplacée par la connaissance de la cession, par n'importe quel moyen. C'est condamner l'idée même qui doit se trouver à la base de tous les systèmes de publicité. La doctrine n'est pas étrangère à ce mouvement (97). L'article 1690 C. civ. ne pourrait donc plus jouer le rôle qu'on lui attribuait, celui de réaliser la publicité des cessions de créances. Il ne l'a jamais joué d'ailleurs, c'est une conception moderne, due à une confusion. La signification faite au débiteur n'était pas une mesure de publicité dans le droit romain. C'était un moyen de rendre parfaite la cession à l'égard du débiteur. Un coup d'œil en arrière, vers le passé, nous permettra de mieux saisir cette idée.

(96) Cass. 17 août 1844 ; Contra, Cass., 24 déc. 1894.

(97) Aubry et Rau, 4^e éd., t. 4, p. 429 § 359 bis (texte et note) : « Ce serait méconnaître la disposition de l'art. 1690 C. civ., dont l'unique but est de garantir les intérêts légitimes des tiers, que d'appliquer d'une manière tellement absolue qu'elle pût avoir pour résultat de couvrir des actes entachés de mauvaise foi ou d'impru-

CHAPITRE V

L'incessibilité des créances dans le droit romain. — Le rôle de la « signification » exigée par l'art. 1690 C. civ. — Son rôle restreint dans le droit romain. — Son rôle exagéré dans le droit moderne.

Le droit romain n'a pas connu notre système de cession de créance. L'intransmissibilité était de l'essence même de l'obligation. L'obligation était considérée comme un lien strictement personnel, que rompait seulement la mort du débiteur. « *Le fait promis, disaient-ils, est caractérisé non seulement par l'individualité de celui qui l'a promis, mais par celle aussi de celui à qui il est dû* (98) ». On a employé d'abord des procédés détournés (99) avant d'avoir trouvé une possibilité de transmettre directement les créances, aux héritiers ou aux divers cessionnaires.

dence ». Il y a une certaine contradiction dans ce passage. Il faut surtout retenir la dernière partie du texte. La conséquence de toute organisation de publicité est de couvrir la mauvaise foi, autrement il n'y aurait plus de sécurité.

(98) Saleilles, op. cit., n° 75 ; — Cfr. Cuq., Testament per aes et libram. *Nouvelle revue historique de droit*, 1886, p. 533. Dans cette étude, M. Cuq démontre que les créances devinrent plus facilement transmissibles que les dettes. Les héritiers siens pouvaient acquérir les créances et succéder aux dettes du défunt, grâce au nexum, à l'exclusion des héritiers externes. On supposait que le débiteur avait donné en gage au créancier sa personne et les personnes soumises à sa puissance.

Tout transport de créance ou de dette impliquait la modification même de cette créance ou de cette dette, dans sa nature et dans ses éléments. Cette idée était si évidente, qu'au début tous les transports de créances se faisaient par la novation. La novation, en droit romain était un transport d'obligation (100). On en trouve la preuve dans Gaius, III, 176 : « *Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim ; nam interveniu novae personae nova nascitur obligatio et prima translata in posteriorem* ».

Plus tard, sous la pression des besoins divers on a cherché d'autres moyens, on a imaginé d'autres procédés pour réaliser une véritable cession de créance, sans changer la nature de l'obligation. Les sûretés qui accompagnaient la créance, les exceptions qu'on pouvait opposer au cédant, disparaissaient par l'effet de la novation. La circulation de ce genre de biens, surtout à l'époque de la richesse mobilière de Rome avait dû faire naître d'autres procédés. Les jurisconsultes romains avaient une grande facilité de conceptions,

(99) Esmein. *Nouvelle revue historique de droit*, 1887 : « Les droits intransmissibles en principe, passent au contraire aux héritiers, lorsqu'ils ont été déduits en justice, avant la mort » *Omnes actiones quae morte pereunt, semel inclusae, iudicio salvae permanent* ». (L. 139, pr. D. I. 17). L'évolution continue timidement. La stipulation a été imaginée comme un moyen pour empêcher qu'une créance meure avec la mort du créancier. La corréalité solidaire a été un pas de plus pour éviter l'extinction d'une dette par la mort du débiteur.

(100) P. Gide, *op. cit.*, p. 248.

mais ils ne disposaient pas de procédés multiples. Ils ont imaginé le mandat (101), mais le mandat était révocable et le mandataire devait rendre compte au mandant. Il n'était jamais sûr de garder pour lui le profit d'une créance. Le système de la *procuratio in rem suam* a simplifié un peu l'opération, mais n'a pas écarté les obstacles. En effet, la *procuratio* était un mandat judiciaire, le droit passait au cessionnaire seulement par la *liscontestatio*, c'est-à-dire à l'échéance. Mais jusqu'à l'échéance, le cédant restait maître de disposer ou de révoquer. Il pouvait céder à un autre la même créance ou recevoir paiement du débiteur, ou, enfin, faire une acceptilation.

Lorsqu'on admit dans le droit romain la cession de l'action utile, grâce à laquelle le cessionnaire pouvait exercer les actions du cédant, on ne permit plus à ce dernier d'exercer son action directe. Le débiteur était tenu de faire une « *demuntiatio* » au cédé, pour empêcher celui-ci de se prévaloir de sa bonne foi et de faire un paiement valable entre les mains du cédant ou entre

(101) Ce mandat judiciaire ne date que de la procédure formulaire, qui a permis la représentation désormais possible. La cession par « *procuratio in rem suam* » n'est que la conséquence pratique de la représentation. V. Girard, Man., Droit romain, p. 733 ; — Cfr. Gaius, 2.39. : « *sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus experiri.* » — Contra, P. Gide, op. cit. L'auteur démontre dans cette belle étude de la novation, que contrairement à l'opinion admise, les créances étaient cessibles à Rome et que la représentation judiciaire a pu se réaliser, grâce à la cession des créances.

les mains d'autres cessionnaires ultérieurs (102).

Par conséquent, la signification ne reposait pas sur une idée de publicité, elle consolidait le droit du cessionnaire, constituant le débiteur cédé de mauvaise foi (103). La doctrine et la loi allemandes ont réalisé ce rapprochement avec la tradition romaine. D'après le nouveau Code civil allemand, la cession est parfaite, sans qu'il y ait besoin de signification au débiteur, qui ne peut plus se prévaloir de la non-signification, s'il est de mauvaise foi.

La jurisprudence française, dans les deux arrêts que nous avons cités (104) paraît admettre la même théorie.

Peut-on encore soutenir que l'article 1690 C. civ., organiserait la publicité des cessions de créance? Nous répétons encore une fois, le propre d'une loi de publicité c'est de faire prévaloir le défaut de publicité, même en connaissance de cause. Or, ce que nous voyons dans la théorie de la jurisprudence, c'est justement le contraire. Elle condamne toute l'utilité de la signification.

(102) Voir à cet égard, Saleilles, *op. cit.*, n° 88 : « La dénonciation devient nécessaire, non plus pour réaliser la cession, mais pour la rendre parfaite à l'égard du débiteur » et parlant de l'époque féodale : « Il en fut de même en matière de droits incorporels ; l'acquisition dut résulter d'un ensaisinement solennel ou privé, ce dernier résultant de la simple signification ».

(103) Saleilles, *op. cit.* n° 86 : « La dénonciation l'empêchera de se prévaloir de l'ignorance de la cession, elle sera donc exclusive de l'allégation de bonne foi ».

(104) Cass. civ., 7 juillet 1897 (S. 97.1.581, note A. Wahl) ; Cass. 17 août 1844 ; contra, Cass. 24 déc. 1894.

et par conséquent, elle écarte le caractère d'ordre public de l'article 1690 C. civ., en laissant aux parties, le libre choix des modes de transport.

Voilà pourquoi nous disions que, parallèlement au mouvement de débordement du droit civil par le droit commercial, un autre mouvement s'esquissait à l'intérieur du droit civil, qui rendait désormais inutile un texte qui paraissait avoir le caractère impératif. La jurisprudence civile elle-même guidée par des raisons d'ordre moral, pour ne pas donner une prime à la mauvaise foi, a facilité l'introduction de la clause à ordre dans les créances civiles et leur transmission par voie d'endossement, en écartant le seul obstacle sérieux, l'article 1690 C. civ.

CHAPITRE VI

Titres qui ont bénéficié de l'extension de la clause à ordre ou au porteur. — Les droits immobiliers à ordre ou au porteur.

Sans faire aucune distinction entre la clause à ordre et la clause au porteur (105) il importe de connaître quelles sont les obligations qui ont bénéficié à la faveur de ce mouvement, des facilités ainsi accordées à la transmission.

D'abord, d'après la loi, sont à ordre :

1. La lettre de change (art. 110 C. comm.). Malgré l'identité de nature juridique des deux clauses, il paraît que la clause au porteur ne peut être insérée dans

(105) D'après la conception française, le porteur a un droit dérivé et la nature juridique du titre au porteur, tout comme celle du titre à ordre, évoque plutôt une série de cessions successives, facilitées par la suppression des formalités de l'art. 1690 C. civ. — Cfr. *Saleilles*, op. cit. n° 269 (note 1) et 271 (texte). — V. aussi *Brunner*. *Revue historique du droit* 1879, sur le développement historique parallèle des deux clauses ; — *Thaller*, *Traité...*, n° 1503, bis : « La clause au porteur s'est développée dans l'histoire parallèlement à la clause à ordre » ; — De même, *A. Wahl*, *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, n° 245 : « La question que nous allons étudier se présente également pour le titre à ordre ; car les intérêts pratiques qu'il s'agit de satisfaire sont les mêmes : là comme ici il faut examiner si le titre soustrait avant l'émission engage le débiteur, si les exceptions opposables à l'un des porteurs peuvent être également opposées à ses successeurs ». — Voir aussi n° 276, op. cit.

une lettre de change. Pourtant, la lettre de change au porteur est valable en Angleterre. Nous ne comprenons pas très bien l'hésitation de la jurisprudence française. En écartant l'application de l'article 1690 C. civil, on a voulu attacher à la présentation du titre, la détermination du porteur-bénéficiaire. Or, le débiteur qui est obligé par un titre au porteur, peut et doit s'acquitter entre les mains du présentant et s'il est obligé par un titre à ordre, il doit s'acquitter entre les mains du présentant dont le nom figure sur le titre, dans la série des endossements.

D'où vient alors, la distinction si nettement établie pour la lettre de change, lorsque, par ailleurs, loi et jurisprudence n'ont pas hésité à assimiler ces deux clauses ?

La pratique, du reste, a su trouver un moyen pour tourner la prohibition. Il est admis dans la jurisprudence, la validité de l'endossement en blanc. Le tireur tire à son ordre et endosse en blanc. Le titre circule comme s'il était au porteur. Le dernier porteur remplira l'endossement à son nom et, présentant le titre au tiré, aura droit au paiement. Celui-ci n'a aucun moyen de reconnaître les porteurs successifs de l'effêt, le titre ne portant pas trace de leurs signatures.

2. Le billet à ordre (art. 187 C. comm.). La jurisprudence avait commencé à faire, au début, une distinction qui a contribué à entraver la circulation facile de ces titres. Elle se livrait à une série d'investigations pour déterminer la nature civile ou commerciale de la dette exprimée dans le titre. La question ne se plaide plus aujourd'hui, la jurisprudence est revenue sur son

erreur « qu'une que dans l'usage, il est difficile de distinguer un billet à ordre commercial, de celui qui ne l'était pas ». Elle reconnaît aujourd'hui la nature commerciale du billet à ordre et lui attache toutes les conséquences des règles du change.

La loi elle-même, dans certains pays, a effacé cette distinction. L'article 636 C. comm., de 1808, qui stipulait que les promesses et billets à ordre, souscrits par des personnes non commerçantes n'étaient pas des actes de commerce, a été abrogée en Belgique par l'article 2 des lois des 20 mai et 15 décembre 1872, qui ne fait plus cette distinction entre commerçants et non commerçants.

3. Les récépissés et les warrants des magasins généraux (L. 28 mai 1858, art. 3). Lorsqu'il n'y avait qu'un seul titre, il ne pouvait être qu'à ordre. Aujourd'hui, récépissé et warrant peuvent être au porteur. En Roumanie, ils sont tous deux à ordre.

Peuvent être à ordre :

1. Le billet de grosse (art. 313 C. comm.): Il peut aussi être au porteur (106), mais le porteur doit prouver la propriété de la marchandise.

2. Le connaissement est à ordre et au porteur (art. 281 C. comm.). La plupart des Codes modernes autorisent ces deux formes.

3. Le chèque (L. 14 juin 1865, art. 1^{er}) peut être à ordre ou au porteur; à la différence de la lettre de

(106) A. Wahl, Traité théorique et pratique des titres au porteur, n° 428 ; — Cfr. Ch. Lyon-Caen et Renault, op. cit. n° 2341.

change. Toutes les législations admettent ces deux formes (107).

4. Les obligations du Crédit foncier (Décret du 28 février 1852, art. 13).

La loi et la jurisprudence ne font plus de difficultés et permettent aux parties de donner à leurs engagements la forme qui leur convient. C'est ainsi qu'on est arrivé à admettre que tout titre de créance peut être transmissible par endossement et échapper aux formalités de l'article 1690 C. civ.

La pratique nous offre de nombreux exemples.

1. Les polices d'assurance sur la vie peuvent être à ordre. Il est à remarquer à cette occasion, une particularité qui ne se retrouve pas dans les autres titres à ordre. L'endossement peut transférer le bénéfice de la stipulation pour autrui, sans que pour cela, il soit nécessaire la transmission du titre. L'assuré faisant un endos, met l'endossataire rétroactivement en relation directe avec l'assurant. Cette possibilité est admise seulement au cas où les polices sont faites primitivement au nom d'un bénéficiaire autre que l'assuré ou sa succession. Du moins, c'est ainsi que décide la jurisprudence (108).

Certaines Compagnies, en outre, insèrent une clause d'après laquelle « *tous endossements autres que le premier, sont nuls s'ils ne sont pas approuvés par la personne sur la vie de laquelle l'assurance repose* » (109),

(107) A. Wahl, op. cit., n° 446.

(108) D. 1905, 1.165 ; D. 1905, 1.465 ; (arrêts contradictoires.) — Cfr. Annales de droit commercial, 1906, p. 60.

(109) V. Thaller. De la nature juridique..., n° 115.

Cette clause constitue une sérieuse entrave à la circulation du titre. La mise en gage même, par l'assuré, rencontrerait beaucoup de difficultés, vu l'impossibilité pour le créancier gagiste de faire vendre la police sans le consentement du débiteur assuré.

Pourtant, il faut reconnaître que la clause à ordre simplifie la transmission, rendant inutile la signification à la Compagnie, toutes les fois que l'assuré opère un changement de bénéficiaire. Le titre restant dans ses mains, l'attribution de la police se fait par la clause à ordre, sans aucune autre formalité.

Il y a certaines compagnies qui exigent, lors de la transmission de la police, une signification, comme en matière de cession de créance. L'endossement ne suffit pas à transmettre le bénéfice de la police. La liberté des conventions expliquerait paraît-il, cette situation. Ces particularités de la police d'assurance ne doivent pas mener à la conclusion que l'endossement pourrait avoir diverses fonctions juridiques. La fonction est unique, mais elle est modifiée par les conventions des parties, ici par les clauses un peu abusives des Compagnies.

2. Les polices d'assurance terrestre peuvent être à ordre et au porteur. Il y a certaines restrictions à respecter, surtout en ce qui concerne la quotité.

3. Les polices d'assurance maritime sur marchandises peuvent être à ordre et au porteur. L'assurance « *au profit de qui il appartiendra* » est plus fréquente. La nature juridique de cette dernière clause a donné lieu à de vives controverses et la jurisprudence a souvent suivi les contradictions de la doctrine. Elle a

décidé que cette clause se confondrait avec le mandat (110) et lui a appliqué les règles du mandat.

C'est à l'occasion de ce titre qui revêt la forme à ordre ou au porteur que la règle de l'inopposabilité des exceptions a été vivement discutée, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence:

4. La lettre de voiture peut être à ordre et au porteur. Les chemins de fer s'opposent souvent à admettre les conséquences de l'ordre et livrent la marchandise au destinataire dénommé, c'est-à-dire au premier bénéficiaire. Ils exigent qu'on fasse application de l'article 1690 C. civ., et qu'on signifie à l'administration du chemin de fer la cession ou le nantissement de la marchandise. Le trafic des produits paraît en souffrir. Pourtant, il a été admis parfois que la lettre de voiture est de plein droit transmissible par endossement (111).

A cette occasion, il importe de parler d'une question qui touche de près à la nature juridique des titres de gage, tels que le connaissement, les récipissés des magasins généraux et les lettres de voiture.

Tous ces titres supposent un dépôt de marchandises. Le titre passant de main en main, sa simple possession suffit-elle à procurer la possession des marchandises déposées? D'après l'article 1604 C. civ., le transport de possession ne résulte que de la livraison. L'article 1606 C. civ., considère la tradition réelle comme le meilleur moyen de mettre quelqu'un maté-

(110) Cass. 31 juillet 1893 ; D. 95.1.137, note Levillain.

(111) Riom, 7 mai 1887 ; Revue internat. de droit maritime, 1889-90, p. 414 ; Voir aussi un cas de clause à ordre sous-entendue. D. 41.1.59.

riellement en possession de la chose vendue. Est-ce le seul ? Dans les situations que nous avons supposées (connaissance, récépissés des magasins généraux, lettre de voiture), cette tradition réelle est impossible. Le droit romain connaissait déjà une pratique, c'était la possession par un autre (112). Le droit moderne l'a réalisée sous la forme de la tradition conventionnelle, qui occupe dans le commerce une place importante. Le dépositaire ou détenteur pour compte est obligé de restituer la marchandise à celui qui présentera le titre. On peut supposer que la créance qui se transmet par voie d'endossement, contient une obligation de restitution des marchandises, de la part du dépositaire, à celui qui sera propriétaire. Le transport du titre réalisant le transfert de la propriété, la possession du tiers détenteur serait pour le compte d'un propriétaire indéterminé (*animo domini, corpore alieno*).

Les applications qu'on a faites de cette idée sont nombreuses et d'une utilité pratique considérable. Grâce à elle on peut s'expliquer les négociations des récépissés des magasins généraux, la négociation d'un connaissance ou d'une lettre de voiture, etc... Les

(112) La possession dans le droit romain impliquait deux éléments :
a. L'*animus domini* (l'intention de se comporter en propriétaire) ;
b. Le *corpus*, (l'élément matériel). De bonne heure on a admis la possession par autrui, *possessio alieno nomine* (dépôt, commodat) qui n'avait que l'élément matériel. On est arrivé même à construire la théorie de l'acquisition de la propriété par autrui « *per extraneam personam* » et ils disaient alors « *animo suo, corpore alieno* » par exemple « *corpore servi vel conductoris vel procuratoris* ». Ces idées romaines se retrouvent à la base des institutions commerciales modernes.

titres étant délivrés à ordre ou au porteur, point n'est besoin d'avertir les détenteurs pour compte (le capitaine ou les magasins généraux) du changement du propriétaire. Chaque porteur, devenant propriétaire par suite de la négociation du titre, acquiert en même temps la possession juridique de la marchandise. Le même raisonnement est à suivre s'il s'agit d'un endossement en gage des titres. La possession se fait au nom du créancier gagiste, la propriété appartenant au débiteur. Nous avons, dans ce cas, en trois mains différentes, les trois éléments que supposerait toute acquisition de chose : propriété, possession et détention.

5. L'extension de la clause à ordre ou au porteur a accaparé dernièrement un vaste domaine d'application, celui des sociétés commerciales qui émettent des actions ou empruntent par obligations.

L'action comme l'obligation peuvent être à ordre et au porteur. Cette dernière est très fréquente depuis les réformes législatives sur la conversion des titres nominatifs en titres au porteur (L. du 26 mai 1863 et 24 juillet 1867) (113).

La conversion des actions nominatives en actions au porteur est une des questions qui ont été, depuis le commencement du siècle, les plus agitées, dans les diverses législations (114). L'obligation au porteur est

(113) Saleilles. L'histoire des soc., en commandite par actions.

(114) A. Wahl, op. cit., n° 482 ; — Cfr. Ch. Lyon-Caen, Annales de Droit commercial, 1887 ; l'auteur étudie le mouvement qui a entraîné toutes les législations à accorder des facilités de conversions et liberté d'émission des actions au porteur.

très favorablement admise dans tous les pays (115).

6. La facture que le vendeur délivre à son acheteur peut être à ordre ou au porteur.

7. Les récépissés de souscription peuvent être à ordre ou au porteur. La pratique ne fait aucune difficulté pour la circulation des récépissés de souscription qui sont souvent libellés à ordre ou au porteur, malgré la non-libération entière de l'action : « ... *et par suite, ces récépissés peuvent être au porteur et non nominatifs, bien que l'action souscrite ne soit pas entièrement libérée* » (116).

8. Les récépissés de dépôts de fonds et de titres peuvent être à ordre ou au porteur (117).

9. Le mandat peut être à ordre ou au porteur. Il est intéressant de remarquer où mène la liberté des conventions qui transforme la nature d'un contrat aussi personnel que le mandat « *intuitu personae* » en contrat absolument objectif. En effet, aujourd'hui, on ne voit plus la nécessité d'un mandataire certain. La sous-procuration peut être sous-entendue ou expresse d'après la loi. N'y a-t-il pas là un point de départ favorable à ce mouvement d'extension de la clause à ordre ou au porteur, dans les domaines les plus caractéristiques du droit civil ?

10. Le contrat de vente peut être à ordre. Tout le système des ventes par filière qui se pratique à la

(115) A. Wahl, op. cit., n° 461.

(116) S. 61.1.668.

(117) S. 90.2.17.

Bourse de marchandises n'est qu'une application de la clause à ordre aux contrats synallagmatiques.

Le jour de l'échéance le vendeur émet une pièce à ordre qui s'appelle filière. Cette pièce passant des mains du premier acheteur, arrive aux mains du dernier, qui, arrêtant la filière, se constitue acheteur définitif (118).

11. L'achat à ordre ou au porteur paraît très usité au nord de la France et en Belgique (119). L'acte ne contient pas le nom du vendeur. La détermination de la contre-partie dans un contrat n'est pas absolument nécessaire (120). Il suffit que le vendeur soit « *déterminable* », point n'est besoin qu'il soit déterminé au moment où l'on conclut l'affaire. Le contrat synallagmatique à ordre ne se forme que lorsque le titre est remis à une personne.

La Cour de cassation paraît vouloir garder une certaine réserve en ce qui concerne la validité de l'acte qui déroge à l'article 1325 C. civ. : « ... *On ne peut voir dans ledit écrit un titre d'obligation au porteur, mais une simple sollicitation qui ne devait créer de lien de droit entre acheteur et vendeur qu'au moment où elle aurait été acceptée par une contre-partie dans les conditions mêmes où elle était offerte* (121). »

On répond que cet article ne fait aucun obstacle en

(118) Thaller, Traité de dr. comm., n° 1036.

(119) G. Rippert, Annales de droit commercial, 1904, p. 44 ; Gaz. des Tribunaux du 26 nov. (23 nov. 1903.)

(120) Voir page...

(121) Cass., 23 nov. 1903.

matière de commerce (122). Mais si la vente est civile, en est-il de même? Il est vrai que la forme à ordre exclut toute idée de pluralité d'actes, même en matière de contrats synallagmatiques, mais cela, en somme, n'est qu'une réponse à la question par la question elle-même; peut-on pousser l'application de la clause à ordre dans un domaine du droit civil qui s'occupe de la validité des actes par rapport à leur forme? Là est toute la question (123).

12. Les bulletins de bagage délivrés par les Compagnies de chemin de fer, les lettres de crédit, le mandat de paiement, les billets de loterie, les billets de banques, les jetons ou bons à vue remis aux ouvriers au lieu des sommes qui leur sont dues, les jetons de bois ou de métal pour donner droit à la restitution des objets que l'on confie à un vestiaire, les bons de poste, etc., etc., sont autant d'actes qui se transmettent de la main à la main, étant tous au porteur (124).

13. Dans ces dernières années, on constate dans la jurisprudence une attitude favorable à l'extension de la clause à ordre ou au porteur aux actes notariés, délivrés en brevet et même aux actes délivrés en minute.

Si l'acte est délivré en brevet et contient la clause à ordre, il sera transmissible par voie d'endossement. La seule difficulté que nous entrevoyions c'est lorsque

(122) Thaller, *Traité*, n° 825; — Cfr. L. Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 605; — Aubry et Rau, 4^e éd., VIII, p. 235 § 750.

(123) Voir page...

(124) A. Wahl, *op. cit.*, n° 435-456.

l'acte est délivré en minute. Il arrive alors que le débiteur payant entre les mains du créancier sur la minute s'expose à payer une seconde fois au porteur de la grosse qui, elle, circule par endossement.

Il nous semble qu'il y a une grande part d'exagération dans l'appréciation de cette difficulté. Le débiteur qui a inséré la clause à ordre dans sa dette est obligé d'être plus prudent. Il a, en même temps, le droit de refuser tout paiement sans la présentation de la grosse. S'il paie, il commet une faute, il n'a alors qu'à s'en prendre à lui-même. Engageant sa propre responsabilité, il est tenu de payer cette fois en vertu de l'article 1382^{*} C. civ. Le meilleur moyen d'obtenir une réparation, c'est de refuser l'exception de paiement qu'il aurait fait au créancier sur la minute (125).

14. La contagion est si grande qu'elle a atteint même les droits immobiliers. L'hypothèque peut être constituée à ordre ou au porteur et être transmise par voie d'endossement ou simple tradition (126).

L'obstacle sérieux serait le texte du C. civ. (art. 2148-1^o C. civ.) qui exige la mention, dans l'inscription hypothécaire, du nom du créancier. Mais la doctrine et la jurisprudence ne considèrent pas comme

(125) Voir les arrêts reproduits dans D. 78.1.241 (Arrêt du 27 juillet 1875, Riom.)

(126) A. Wahl, op. cit., n^o 547 ; Melin, *Revue du notariat*, 1865, p. 94 ; *Journal du notariat* 1877, 641 ; *Revue des Sociétés*, 1889, p. 33 ; — Thaller, *De la faillite en droit comparé*, n^o 220 ; — Cass. Req., 10 août 1831 ; S. 52.1.341 ; D. 82.2.243 ; S. 79.1.313, note Labbé ; S. 83.1.218 ; P. 88.2.161 ; S. 86.2.594.

substantielle l'indication du nom de créancier dans l'inscription (127). La jurisprudence se contente de l'indication du nom du premier porteur (128), quoique ce nom ne figure pas dans le titre. Mais un autre procédé est admis dans la pratique. L'application en est faite en matière d'émission d'actions ou d'obligations au porteur. L'inscription est prise d'avance et sous condition que l'émission réussira, par une personne quelconque, qui agira comme gérant d'affaires des futurs créanciers. Les prospectus peuvent contenir la clause que la souscription vaudra adhésion à l'inscription. Ce procédé n'a rien d'illégal (129). On sait qu'un mandataire peut prendre inscription en son nom propre et ne pas mentionner le nom du mandant. La loi prescrit au créancier de se faire connaître dans son propre intérêt, non dans l'intérêt des tiers (130). Les sociétés par actions ont souvent recours à ce procédé. Elles émettent des obligations et assurent le paiement par une affectation réelle de leurs immeubles. La cession de l'hypothèque avait lieu à la suite de la cession de

(127) Pont, *Privilèges et Hypothèques*, t. I, n° 960 ; Aubry et Rau, t. 3, p. 350 § 276, note 6.

(128) Poitiers, 18 déc., 1829, Sir. Chrou.

(129) D. 82.1.343 ; S. 86.2.594 ; S. 79.2.313, note Labbé.

(130) Labbé, notes sous S. 79.2.213 : « Quand l'obligation est à ordre ou au porteur, le premier preneur n'est qu'un créancier provisoire ou passager. Le vrai créancier, porteur du titre à l'échéance ou au jour du paiement n'aura été saisi qu'en vertu d'un acte sous-seing privé ou en vertu d'un fait uniforme, une prise de possession du titre. Cela diminue de beaucoup l'importance de l'intervention du premier porteur dans l'acte notarié, constitutif d'hypothèque ».

la créance principale : « ... l'hypothèque conventionnelle peut être valablement constituée par billet à ordre passé en brevet... Et la cession d'un billet par voie d'endossement emporte cession de l'hypothèque qui en est un accessoire (131) ».

Il est admis, en effet, qu'on puisse constituer une hypothèque pour garantir le paiement d'une lettre de change. L'obligation civile à ordre ne fait qu'emprunter cette forme. L'hypothèque se transmet en même temps que la créance (132). Pour la cession de l'hypothèque, point n'est besoin de rédiger un acte authentique.

A l'occasion d'ouverture de crédit, pour garantir les diverses opérations du compte courant, surtout pour garantir le solde final, on peut stipuler pour sûreté une hypothèque qui prendra rang du jour de son inscription, même si le débiteur n'a profité du crédit que plus tard (133). Toutes les lettres de change souscrites par le débiteur, en vue de profiter du crédit ouvert, seront garanties par cette hypothèque, qui se transmet avec l'effet, sans qu'il y ait besoin d'un acte séparé.

(131) Alger, 7 mai 1870 (S. 71.2.105, note L. Caen).

(132) Cass., Req., 10 août 1831 ; Cass., Req., 21 février 1838 ; Cass., Req., 11 juillet 1839 ; Colmar, 30 décembre 1840 ; Metz, 26 janvier 1854 ; Cass., Req., 26 déc. 1871 ; — Gr. aussi Nougier, op. cit., t. I, n° 609 ; — Jurisprudence générale, V. Effets de commerce, n° 38 et 431 ; D. P. 71.2.1.

(133) S. 54.1.593 ; S. 59.2.50 ; on pourrait faire une analogie avec l'hypothèque du pupille qui prend rang du jour de l'ouverture de la tutelle, même si la créance est née plus tard.

Jusqu'ici nous avons vu que l'hypothèque ne jouait qu'un rôle secondaire (c'était une garantie d'obligation déjà née) et qu'elle se transmettait en même temps que cette obligation. Rien d'étonnant dans ce système. La question s'est posée d'une manière assez énervante et originale en même temps lors de la mobilisation du crédit immobilier, la mobilisation du sol. On s'est demandé si on ne pouvait pas permettre à un propriétaire de prendre inscription sur lui-même et de transmettre les titres par voie d'endossement tout comme les sociétés par actions le font lorsqu'elles émettent des obligations garanties par leurs immeubles. Pourquoi cette différence de traitement lorsqu'il s'agit d'un particulier (134) ?

Le décret du 5 messidor an III a organisé le principe de l'hypothèque sur soi-même (cédules hypothécaires). Le propriétaire demandait au conservateur des hypothèques un feuillet d'un registre à souche sur lequel se trouvent une obligation de somme, souscrite par le propriétaire, à l'ordre du porteur futur de ce titre. Malgré les imperfections de ce système comme, par exemple, l'évaluation de l'immeuble par le conservateur des hypothèques, le décret de messidor avait l'immense avantage de faire de la cédule un document complet et créant, au profit du possesseur du titre, un droit de créance, garanti par l'immeuble (135). C'est ainsi que la cédule entraînait l'engagement de

(134) Voir Labbé, note sous S. 79.2.313 ; après avoir analysé cette situation, il s'écrie : « Le droit est le même pour tous ».

(135) Challamel, *Etude sur les cédules hypothécaires*.

l'immeuble pour une dette sous la condition suspensive d'être mise en circulation. Tant que la cédule restait entre les mains du propriétaire, il n'y avait aucune obligation à la charge de l'immeuble. L'immeuble devenait le débiteur réel lors de la mise en circulation des cédules. Cela équivalait à l'émission de monnaie.

Le mouvement, en vue de la mobilisation du sol, a abouti à la fondation du Crédit foncier (28 février 1852) (136). L'obligation à ordre, avec constitution d'hypothèque, participait à la fois des avantages du Crédit foncier et de ceux du crédit personnel, la garantie solidaire des endosseurs n'étant pas éteinte par l'adjonction de la garantie réelle.

Le système de l'hypothèque sur soi-même n'a pas été admis (137).

Il résulte de cette énumération de titres susceptibles de revêtir la forme à ordre ou au porteur que l'extension des règles commerciales ne connaît plus

(136) Art. 13 de la loi du 28 février 1852 (Crédit foncier) : « Les obligations ou lettres de gage des sociétés de crédit foncier sont nominatives ou au porteur. Les obligations nominatives sont transmissibles par voie d'endossement ». Ainsi, tout porteur d'obligations du Crédit foncier peut se considérer créancier hypothécaire. Le Crédit foncier joue le rôle du mandataire qui a pris inscription en son nom et l'obligataire serait le mandant, créancier hypothécaire.

(137) On a consulté les Cours d'appel et les Facultés de droit sur l'opportunité de la création des obligations hypothécaires à ordre. Quatre Cours (d'Amiens, de Bordeaux, Riom et Rouen) donnèrent leur approbation. Trois Facultés de droit repoussèrent cette proposition, tous l'acceptèrent (Voir sur toutes ces questions Challamel, op. cit.).

limites, une fois le premier obstacle franchi. Elle s'étend aujourd'hui sur un domaine autrement vaste qu'on n'aurait pu le supposer lors de ses débuts timides d'infiltration.

CHAPITRE VII

Une nouvelle définition des obligations. — Conséquences. — La connaissance exacte du créancier n'est pas nécessaire au moment où naît l'obligation. — Divers exemples. — Justification de la clause à ordre.

Il nous reste dans ce chapitre à mieux préciser le rapport juridique créé entre le débiteur et les créanciers successifs, qui n'ont pas été déterminés au moment de l'émission du titre. En effet, la première question qu'on se pose est de savoir comment une obligation peut naître à la charge de quelqu'un, sans la détermination immédiate du bénéficiaire?

La conception romaine de l'obligation ne s'accorde pas avec la situation créée par ces nombreux titres qui circulent dans la vie pratique. L'obligation, d'après les idées romaines, est un lien absolument personnel, les parties étant bien déterminées dès le début. Elles sont liées non seulement en connaissance de cause, mais aussi et surtout en connaissance réciproque de leur personnalité. L'obligation étant un lien subjectif, sa circulation devait être interdite. Le droit romain a été logique avec lui-même. C'est pourquoi on a dû avoir recours à des procédés détournés pour arriver à un résultat que la vie pratique exigeait à l'époque du développement économique et social de la cité.

Le cessionnaire d'une créance se comportait comme un véritable créancier. Il est vrai qu'il en avait tous les droits mais, à ce qu'il paraît, on n'a jamais osé dire qu'il était à la place du créancier. On évitait le mot. Les jurisconsultes romains n'ont pas pu achever la théorie de la cession des créances. Ils sont toujours restés fidèles à leur conception subjective de l'obligation.

Aujourd'hui, au contraire, sous la poussée des divers intérêts de la vie pratique, l'obligation a changé de nature. Ce qu'on apprécie dans l'obligation moderne, c'est surtout le contenu, l'objet même. On n'attache plus grande importance aux personnes. L'obligation a pris un caractère objectif et, par-là, elle s'est rapprochée du droit réel. Il est intéressant de saisir ce rapprochement entre la théorie moderne des obligations et celle des droits réels (138). L'analogie est frappante. L'obligation crée un droit à une prestation à la charge d'une personne qui s'appelle débiteur ; le droit réel crée un droit à la charge, non pas d'une personne, mais de tout le monde, à savoir, pour faire respecter un état de fait qui s'appelle possession. La possession n'est pas une situation juridique ; ce qui donne toute sa force à la théorie du droit réel, c'est surtout l'obligation universelle prise par tout le monde, sauf le titulaire du droit, de ne pas gêner celui-ci dans la jouissance de tous les attributs juridiques qui dérivent de

(138) Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 2160 ; — Fr. Gény, *op. cit.*, p. 123 ; — Cfr. aussi H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle* (thèse, Paris 1900).

son titre. Le droit réel devient ainsi une obligation dont les débiteurs sont « *tout le monde* », sauf le créancier. Peu importe, pour ce droit réel, qui en sera le titulaire, puisque sa nature, son contenu ne vont pas varier par suite du changement de créancier. En effet, les divers propriétaires qui se succèdent dans la transmission de la propriété n'apportent aucun changement au contenu matériel de la chose. Si on analyse une obligation ordinaire avec les mêmes idées, si on attache toute l'importance à son contenu, la considération des personnes obligées disparaît (139) et seule reste la valeur de l'objet dû, tout comme en matière de droit réel. Dès lors, il est aisé de comprendre pourquoi la connaissance précise, dès le début, des diverses parties qui composeront le rapport passif et le rapport actif de l'obligation, devient absolument inutile.

Dans la conception moderne, les créances sont, par leur essence même, cessibles. La cession se réalise sans que rien de leur contenu ne change. Dès lors, peu importe qui doit exécuter (140), peu importe qui doit bénéficier de telle ou telle obligation qui circule sur

(139) Malgré cela, si les parties donnent à l'obligation un caractère de personnalité, on ne peut pas en tenir compte. Le principe de la liberté des conventions garde tout son empire. Même sans cette réserve conventionnelle, il reste quelques obligations qui peuvent être caractérisées non seulement par leur objet mais aussi par les personnes qui composent le rapport actif et le rapport passif. C'est ainsi qu'on explique les obligations incessibles et insaisissables.

(140) Ce transport des dettes est une innovation allemande. Les avan-

le marché. « *C'est un nom jeté sur le marché* (141) », le nom est obligé, dès qu'il se trouve un titulaire qui revendique le droit de profiter de la prestation due.

Il ressort de ce que nous venons de dire que la connaissance exacte du créancier, au moment où l'obligation naît, n'est pas absolument nécessaire. On peut très bien s'en passer, à une seule condition seulement, c'est de trouver un moyen pratique et ne pouvant pas prêter à équivoque, pour déterminer le créancier au jour de l'exécution. Toute la question est là. Le créancier ne doit pas être déterminé, mais déterminable (142).

De nombreuses institutions de droit civil nous offrent aussi des situations analogues. La solidarité active des créanciers nous fournit un exemple précieux à ce point de vue. Le débiteur est obligé envers un certain nombre de créanciers, sans savoir jusqu'à l'échéance à qui il doit payer, tous ayant le droit d'exiger l'exécution intégrale de l'obligation. Les poursuites

tages pratiques de cette théorie ne vont pas tarder à s'imposer même à la doctrine française.

(141) Saleilles, *op. cit.*, n° 268.

(142) Planiol, *op. cit.*, vol. II, n° 1236 ; S. P. 99.4.13 (Cass., Turin et Rome). — Cfr. aussi A. Wahl, *op. cit.*, nos 35 et 36. L'auteur, faisant un parallèle entre les contrats romains et les contrats germaniques conclut qu'à Rome le rôle principal dans les contrats était tenu par le créancier, c'est lui qui accomplissait les « formalités solennelles » tandis que dans les contrats germaniques la promesse du débiteur forme l'essence du contrat. Cette dernière idée est à la base même des titres au porteur.

engagées par l'un d'eux vont déterminer le créancier. Mais jusqu'à cet acte il reste dans l'incertitude. Il est vrai qu'il connaît d'avance ses créanciers et ce qui paraît indéterminé, c'est plutôt le bénéficiaire de l'exécution. Dans l'obligation à ordre ou au porteur, les créanciers sont indéterminés, même ceux qui auront droit à l'exécution. Pourtant le résultat est le même. Dans l'un et l'autre cas, le débiteur s'attend à une surprise, il lui est impossible de savoir d'avance qui sera son véritable créancier, c'est-à-dire celui dont il aura à craindre les poursuites.

La stipulation pour autrui et les diverses applications qu'on a faites de cette institution juridique, nous offrent de nombreux exemples de conventions dont les créanciers sont indéterminés, étant, bien entendu, déterminables par un moyen quelconque :

1. On peut imposer à un légataire une charge au profit des personnes indéterminées (143).

2. L'assurance contractée « au profit de qui il appartiendra » profite aux propriétaires futurs de la chose assurée (144).

3. Les clauses insérées en faveur des ouvriers dans les cahiers des charges d'adjudication de travaux publics (145) profitent non seulement à ceux qui sont déjà engagés mais à tous ceux qui pourront s'engager par la suite.

4. Les fondations au profit des pauvres, faites par

(143) S. 81.2.138.

(144) D. 88.1.365.

(145) D. 90.2.159.

l'intermédiaire d'une personne morale, par acte entre vifs profitent à toute une catégorie de bénéficiaires dont la détermination se heurte souvent à des difficultés assez sérieuses.

5. Les libéralités testamentaires faites à des fondations qui n'existent pas encore au moment du décès ou de l'ouverture du testament, sont considérées valables par la jurisprudence (le titulaire du droit peut non seulement ne pas être déterminé mais il peut même ne pas exister). La jurisprudence n'a pas hésité à les valider pourtant. Elle se rattache à la tradition du droit français qui avait toujours admis les donations avec charge. On a tourné la difficulté en considérant la fondation comme bénéficiaire d'une charge d'une donation valable. La jurisprudence est contradictoire, elle n'a pas eu la même attitude bienveillante en matière d'assurance sur la vie. Si elle admet les legs au profit des fondations (146) elle repousse dans une matière analogue (les assurances sur la vie) la même possibilité (147). Cette différence de traitement n'a aucun fondement sérieux.

6. La vente des choses futures qui est d'une pratique constante dans la grande industrie, prouve que

(146) D. 69.2.225 ; D. 76.1.225.

(147) D. 1903.2.377, note Dupuich^o; — Cfr. M. Planiol, op. cit., vol. II, note 2, sous le n^o 1244 : « Un peu d'histoire eût évité cette contradiction, car les deux séries d'arrêts rapportées au texte sont à peu près contemporaines. On peut espérer que la jurisprudence changera quand elle aura reconnu le lien qui réunit les deux questions si intimement, qu'elles ne font qu'une ».

non seulement l'indétermination du créancier mais même celle de l'objet ne porte aucune atteinte à la validité de l'obligation. Nous sommes par là bien loin du type de l'obligation romaine.

7. L'emploi des contrats collectifs offre une autre série d'exemples où l'indétermination des créanciers est la règle habituelle de ce genre de conventions. C'est ainsi que les contrats dits « *d'utilité publique* » passés par une administration municipale, profitent aux habitants de la commune. Les contrats signés par les patrons à l'occasion des assurances collectives contre les accidents et les contrats passés par les syndicats ouvriers fixant les conditions du travail, profitent aux bénéficiaires futurs et indéterminés, qui peuvent être ouvriers même d'une autre génération.

Ce n'est donc pas de l'essence même des obligations de produire immédiatement leurs effets. Ce qui importe avant tout, c'est de rendre les bénéficiaires déterminables au jour de l'exécution de l'obligation. Voilà pourquoi, les clauses à ordre et au porteur, malgré la non détermination immédiate des créanciers, sont parfaitement valables. La détermination des créanciers se fera par la présentation du titre.

L'objection principale donc et qui paraissait un argument insurmontable, à savoir que le défaut de connaissance du titulaire d'une obligation rendrait l'obligation elle-même nulle, n'a point une base juridique solide.

Tentés d'abord à voir ici encore un autre cas de fléchissement des principes fondamentaux du droit civil sous l'influence des besoins de la vie pratique, nous

concluons à la parfaite validité des obligations à ordre ou au porteur. Elles trouvent leur place légitime dans la série déjà citée des obligations nées de conventions dont les bénéficiaires ne sont ni connus ni déterminés.

CHAPITRE VIII

Etude des transformations subies par certaines règles du droit civil, par suite de l'adoption de la clause à ordre. — Règles commerciales changées sous l'influence de la nature civile de l'obligation.

Il nous faut voir maintenant si d'autres règles du droit civil n'ont pas été atteintes par l'insertion de la clause à ordre ou au porteur dans les obligations civiles et si vraiment l'idée d'une assimilation complète avec les effets de commerce serait non seulement possible mais aussi facilement réalisable. Nous connaissons à cette occasion certaines limites du droit civil et du droit commercial qui se touchent, se pénètrent et finalement disparaissent, certaines autres au contraire, qui persistent à maintenir l'indépendance absolue des deux branches du droit privé.

La créance civile ou commerciale doit être incorporée dans un titre, pour être à ordre ou au porteur. Sa rédaction doit se soumettre à une série de formalités, faute de quoi elle n'aura pas à profiter des attributs du change. Le principe fécond de l'autonomie de la volonté qui a permis de réaliser toutes les variétés de contrats et d'insérer toutes les clauses imaginables, correspondant à des intérêts multiples, perdra toute son autorité en matière d'obligations à ordre ou au porteur. Ici, c'est la forme qui l'emporte « *la forme est à*

l'engagement ce que l'empreinte est à la monnaie » (Ihering). Dès lors, les obligations civiles à ordre ou au porteur doivent renoncer à certaines clauses qui leur étaient permises, et doivent, au contraire, remplir certaines formalités, dont elles pouvaient se passer sans qu'on songeât à mettre en discussion leur validité.

1. C'est ainsi que l'adjonction de la clause d'intérêts transforme la lettre de change en une simple promesse. Les prêts civils à ordre qui contiennent habituellement cette clause, ne pourront donc pas bénéficier des attributs du change ; s'il en était autrement, on en arriverait à ce résultat exorbitant de refuser aux effets de commerce le bénéfice d'une clause, en les dégénérant en cas de contravention en simple promesse, et de transformer les obligations civiles qui contiennent la même clause, en effets de commerce jouissant de tous les avantages du change.

La question de l'assimilation complète des obligations civiles à ordre avec les effets de commerce entraîne nécessairement un sacrifice de part et d'autre. Ou la rédaction des effets de commerce doit se faire dorénavant sans tenir compte des prescriptions sévèrement sanctionnées de l'article 110 C. comm., ou alors, en admettant les obligations civiles à ordre, il faut leur interdire certaines clauses incompatibles avec le système du change. Ne voit-on donc pas là une atteinte des plus sérieuses au principe de la liberté des conventions art. (art. 1134 C. civ.) ?

Certaines banques émettent contre dépôt d'argent, des bons à échéance de plusieurs années, avec coupons

d'intérêts. Ces bons sont à ordre. On dirait que la pratique connaît déjà des obligations à ordre avec clause d'intérêts. Ce sont plutôt des obligations de sociétés que des effets de commerce. On ne peut pas leur appliquer les mêmes règles.

2. La mention « *valeur fournie* » est obligatoire en matière de change. Le défaut de mention dégénère le titre en simple promesse. Mais en droit commun les obligations civiles et commerciales peuvent très bien passer sous silence la cause de l'engagement et personne ne pense à contester leur validité (art. 1132 C. civ.). Une obligation civile à ordre doit-elle nécessairement exprimer la cause ou pourra-t-elle bénéficier de la prescription de l'article 1132 C. civ.? Ce second conflit entre la loi civile et la loi du change serait aisément écarté dans l'avantage de la première. En effet la mention « *valeur fournie* » repose sur une considération absolument fausse (148). Elle n'évite pas la fraude en cas de faillite. La loi du change pourrait donc s'en débarrasser et admettre la validité des titres qui n'exprimeraient pas la mention « *valeur fournie* (149) ». Mais, nous ne voulons pas dire par là que l'obligation peut-être sans cause.

La théorie allemande de la dette abstraite (art. 683

(148) On dit qu'un commerçant, à la veille d'une faillite se ferait délivrer des lettres de change, sans en fournir la valeur et les négocierait. Mais qui est-ce qui l'empêche de simuler aussi la mention ?

(149) Les Codes de comm. allemand, roumain, italien, ont supprimé cette formalité dans les effets de commerce. Les titres sont valables sans qu'on ait besoin d'indiquer la cause de l'engagement.

C. civ. allem.) a voulu rendre plus fort, plus énergique le contrat en le dégageant de sa cause, évitant ainsi toute investigation de moralité ou de légalité de l'engagement. Cette innovation se rattache au système des contrats abstraits du droit romain, surtout à la stipulation (150). Par là, les allemands sont arrivés à construire une théorie du change qui présente beaucoup d'analogie avec la monnaie (151). La circulation des titres ne se heurte à aucune entrave, tout s'expliquant dans cette théorie par l'engagement abstrait et direct avec le dernier porteur.

La doctrine française n'a pas admis la théorie de l'obligation sans cause ou obligation abstraite. D'après l'article 1131 C. civ., toute obligation, pour être valable, doit avoir une cause licite et morale. La jurisprudence a fait une série d'applications, dont nous pouvons citer, à titre d'exemple les effets de complaisance (152).

(150) Saleilles, *op. cit.*, n° 260.

(151) Les Allemands ont assimilé le billet à ordre à la lettre de change ; la transmissibilité par voie d'endossement se fait sans qu'il y ait besoin d'insérer dans le titre la clause à ordre ; la mention « valeur fournie » n'est pas exigée, on se contente du mot change dans le titre ; la nécessité de la provision est écartée, la théorie des effets de complaisance leur est inconnue ; l'endossement en blanc est translatif de propriété ; la capacité de change est celle de droit commun. Comme nous le voyons, ils ont créé des titres qui peuvent circuler comme la monnaie ; grâce à une théorie qui a été construite de toutes pièces, avec des éléments de droit romain.

(152) D. 89.2.253 ; S. 91.2.89, note Meynial. — L'enrichissement sans cause ne pourrait s'expliquer sans la théorie de la cause. L'exception

Que signifie en effet la prohibition d'un effet de complaisance si on n'attachait pas toute son importance à la théorie de la cause ? La doctrine française est restée fidèle à la conception traditionnelle des contrats et considère encore la cause comme un élément indispensable à leur validité (153).

Nous concluons donc à la suppression de la mention valeur fournie tant dans les obligations civiles à ordre que dans les effets de commerce, sans admettre pour cela la théorie des contrats abstraits. La cause sera toujours indispensable à la validité de l'engagement. Nous aurons ainsi écarté une contradiction choquante et évité un conflit inutile de deux textes de loi.

3. La loi de rigueur exige une échéance déterminée. Les échéances successives et la condition mise dans une obligation ne pourraient rendre des services équivalents à ceux de la lettre de change. Ainsi, on soutient qu'un titre de créance dont les échéances sont successives, ne se prête pas à la forme à ordre (154). D'au-

« non adimpleti contractus » dans les contrats synallagmatiques a comme fondement la théorie de la cause. La règle « nemo auditur propriam turpitudinem allegans » et ses diverses applications, ont comme fondement incontestable la théorie de la cause.

(153) A Colin et Capitant, op. cit., p. 313 et suiv. ; — Cfr. contra Planiol, op. cit., vol. II, n° 1.037.

(154) M. Ch. Lyon-Caen rejette cette opinion et approuve le jugement du Tribunal civil de la Seine, du 25 janv. 1890 (Droit, 21 févr. 1890) ; — contra, Thaller : il faut que cette somme soit due en une seule fois et non point par acomptes successifs ». *Traité de dr. comm.*, n° 1353.

tre part, la condition qu'affecterait l'échéance, rendrait l'époque du paiement incertaine et l'effet ne pourrait plus faire fonction de monnaie. Il s'ensuit que les obligations civiles conditionnelles à ordre ne devraient plus bénéficier des règles du change.

En effet, cette prohibition a sa raison d'être. Tout le système du change se base sur la rapidité de l'exécution. La condition rend l'obligation instable et incertaine. Dès lors, toute idée de rigueur disparaît, rendant indispensable un examen préalable de la réalisation ou non réalisation de la condition.

La conclusion serait de ne pas permettre aux obligations civiles ou commerciales conditionnelles la forme à ordre ou au porteur. Mais, la liberté des conventions tolère, au choix des parties, n'importe quelle forme de transmission. La jurisprudence ne fait plus de difficultés à ce que toutes les obligations soient transmissible par voie d'endossement. Ceux qui attachent à la clause à ordre toutes les conséquences du système du change, sans tenir aucun compte de la nature de l'obligation, doivent admettre forcément l'assimilation complète de toutes les obligations à ordre, même de celles qui sont conditionnelles, avec les effets de commerce. N'est-ce à dire ? D'une part on interdit d'affecter d'une condition l'échéance d'une lettre de change et d'autre part on exige qu'on applique le système rigoureux du change aux obligations civiles conditionnelles. Il est aisé de prévoir que ces dernières tendraient à assimiler les première et les règles applicables aux effets

de commerce deviendraient absolument inutiles. Là est le danger de l'assimilation. Si on ne va pas jusque là on tombe dans une contradiction évidente. On n'attache plus alors à la clause à ordre tous ses effets juridiques. On se contente seulement de sa simple fonction de moyen plus facile de transport, en maintenant l'indépendance de l'obligation contenue dans le titre. L'emprunt des formes entraîne nécessairement une revision des conditions de fond. La fusion des deux législations, sorties de deux expériences différentes, ne peut se faire sans aucune secousse des règles fondamentales du droit.

Si nous écartons la fonction de monnaie que doit remplir une obligation à ordre, nous pouvons admettre sans aucune difficulté, la validité des obligations conditionnelles à ordre, bénéficiant en même temps des avantages accordés aux effets de commerce. Mais alors, le système du change ne serait plus le même, parce qu'il repose, comme nous l'avons vu, sur l'idée de circulation rapide, à l'instar de la monnaie. Il faut donc que le droit commercial renonce à quelque chose, fasse une importante concession et cette concession serait précisément ce qui fait son prestige et son attraction. Cet exemple suffirait, nous pensons, à nous rendre compte des difficultés inextricables auxquelles se heurterait toute idée de fusion. Elle n'est pas aussi simple qu'elle en a l'air.

CHAPITRE IX

Les conséquences du caractère mixte de l'obligation civile à ordre.

— Fléchissement des lois civiles et commerciales. — Etude détaillée.

— Indépendance de l'obligation civile, malgré sa forme commerciale.

Il importe, dans ce chapitre, d'étudier les situations créées par le caractère mixte des obligations civiles à ordre. L'emprunt des formes mène forcément à une série de changements qui paraissent inexplicables à première vue.

Il n'est pas possible que les obligations civiles à ordre se soumettent à toutes les formalités du droit du change, comme il nous est difficile de supposer qu'elles continuent à suivre la loi civile aussi strictement que si rien n'était changé. De part et d'autre, il y a lieu de constater certains renoncements, certains sacrifices, imprimant ainsi une physionomie spéciale à cette catégorie d'obligations qui sont commerciales par la forme et civiles quant au fond.

La situation paraît présenter certaines analogies avec celle créée avant la loi de 1893 par les sociétés civiles, à forme commerciale. Jusqu'à leur assimilation complète avec les sociétés commerciales, elles ont passé, à travers une polémique passionnée, par des étapes successives où le droit civil disputait la priorité au droit commercial, relativement aux conditions de validité.

À notre avis, le même phénomène se répète à l'occasion des obligations civiles à ordre. Nous les trouvons dans cette phase critique où, tout en cheminant vers une assimilation complète avec les effets de commerce, elles gardent pourtant leurs racines plantées dans le Code civil.

Ainsi, tout acte sous seing privé, constatant une obligation civile doit remplir certaines conditions de forme pour être valable comme instrument probatoire.

1. D'après l'article 1325 C. civ., tous les actes relatant des conventions synallagmatiques, doivent être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Mais une obligation à ordre, par sa forme même exclue toute idée de double. Supposons une promesse d'achat à ordre (155). Il n'y a qu'un seul titre qui constate cette obligation et qui circule par voie d'endossement jusqu'à ce que l'un des porteurs se constituant vendeur se présente à l'acheteur pour lui livrer la marchandise et lui en demander le prix. C'est alors seulement que l'acheteur saura s'il est obligé ou non et si le contrat de vente est conclu ou non. Jusqu'à la présentation du titre, il n'a aucun droit, il ne sait même pas entre les mains de qui se trouve l'acte qui l'oblige. Il est exactement dans la même situation que s'il avait fait une pollicitation.

Cette idée a été soutenue par la Cour de Cassation

(155) Les ventes par filières se pratiquent à la Bourse des marchandises et présentent une frappante analogie avec l'achat à ordre ou au porteur. — V. Thaller, *Traité*, n° 1036 et suiv.

qui refusait de voir dans ce genre d'actes, de véritables contrats : «... on ne peut voir dans ledit écrit, un titre d'obligation au porteur mais une simple pollicitation qui ne devait créer de lien de droit entre acheteur et vendeur qu'au moment où elle aurait été acceptée par une contre-partie, dans les conditions mêmes où elle était offerte (156) ».

Dans la même affaire, le tribunal de Lille s'étant prononcé, a émis un considérant d'après lequel l'article 1325 C. civ. ne fait pas obstacle à la rédaction au porteur des titres constatant des conventions synallagmatiques. Mais, comme nous l'avons vu, la Cour de cassation est d'avis contraire. Elle considère le titre au porteur comme une simple pollicitation.

Pourtant, il ne faut pas confondre ces deux situations. Dans le cas d'une pollicitation, il peut toujours se rétracter, il n'est obligé que lorsqu'on lui a fait savoir qu'on accepte l'offre. Dans le cas d'une promesse d'achat à ordre, au contraire, il est obligé irrévocablement envers un vendeur qui sera déterminé plus tard. Le danger paraît être là. Sur le marché circule une offre d'achat que chacun se passe de main en main, si elle est au porteur ou par voie d'endossement, si elle est à ordre. Jusqu'à la présentation du titre le lanceur d'offre ne sait pas encore s'il est acheteur ou non. Ce genre d'achat correspond à une nécessité économique particulière. Lorsqu'il s'agit de livraisons successives et à longs termes de matières premières qui serviront à alimenter une industrie, on peut jeter sur le marché

(156) Cass., 23 nov. 1903 ; *Gazette des Tribunaux*, 26 nov. 1903 ; —
Cfr. *Annales de droit commercial* 1904, p. 44, l'article de M. G. Rippert.

des titres d'achat à ordre ou au porteur, sans qu'il y ait besoin de savoir d'avance à l'égard de qui on est obligé. Cela se pratique d'ailleurs dans le commerce des houblons au nord de la France et en Belgique. La pratique a inventé ce système non pas pour des raisons juridiques, mais parce que cela servait mieux les intérêts particuliers de certaines industries.

On objecte que si le vendeur ne se présente pas le contrat ne peut plus se conclure, l'acheteur n'ayant aucun moyen de contrainte ni de preuve contre un vendeur indéterminé. Mais à cela il y a une réponse et il n'y a qu'une, la forme même circulatoire de ce contrat synallagmatique exclue l'idée du double. Car en quoi serait-il avancé l'acheteur à ordre s'il avait encore un exemplaire entre ses mains? Comment fera-t-il pour trouver le vendeur et lui demander l'exécution de son obligation?

L'acheteur qui a choisi cette forme d'engagement a renoncé d'avance à un instrument protatoire à son avantage. La clause au porteur dans une vente ou une promesse d'achat n'est que la suppression d'un nom dans l'acte. Comment expliquer cette situation? L'acheteur qui a tout intérêt à garder le double ne le fait pas. D'après l'alinéa 4 de l'article 1325 C. civ., la nullité de l'acte ne peut plus être opposée pour défaut d'observation de la formalité du double, par celui qui a exécuté de sa part la convention portée à l'acte. Cela veut dire que lorsque l'une des parties a renoncé à se prévaloir de cette formalité, comme on le sous-entend dans l'acte rédigé à ordre ou au porteur, il n'a plus le droit de demander la nullité de l'engagement. Il est

considéré ayant exécuté de sa part l'obligation, par son engagement irrévocable. Car la formalité du double n'est requise que pour les contrats qui donnent naissance immédiatement à des obligations réciproques (157). Sa raison d'être disparaît lorsque dans l'intention des parties ou de la situation créée par l'engagement, une seule partie se trouve liée.

Si on laisse un original chez le notaire ou chez un tiers choisi d'un commun accord, la formalité du double devient inutile. L'acte rédigé, en forme authentique qui devient nul pour vice de forme, mais qui constate une convention synallagmatique, peut se passer des formalités de l'article 1325 C. civ. Comme nous le voyons la sanction du défaut d'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1325 C. civ., n'est pas la nullité de l'obligation mais seulement de l'instrument prolatore (158).

L'article 1325 C. civil, n'est pas d'ordre public. Dès qu'on trouve un moyen pratique de le remplacer on peut se passer de ses prescriptions. Le droit commercial a écarté son application à la preuve des actes commerciaux. Il n'y a rien de surprenant par conséquent, lorsque, pour une obligation civile à ordre, à raison même de sa forme, on n'attache plus aucune importance à la nécessité du double. Le sacrifice de ce texte de droit civil n'est qu'un signe du progrès réalisé dans le droit en général. C'est la conséquence directe de la forme à ordre.

(157) S. 90.1.257, note Ch. Lyon-Caen.

(158) S. 92.1.129, note A. Wahl.

2. *Article 1326 C. civ.* En ce qui concerne l'application de cet article aux obligations civiles à ordre, nous n'entrevoions non plus aucune difficulté sérieuse. Le droit commercial même exige que la femme non commerçante, en signant une lettre de change ou un billet à ordre, soit obligée de remplir la formalité du bon et approuvé. La jurisprudence décide en effet qu'un billet à ordre est soumis au droit commun s'il contient une obligation civile ou s'il émane d'une personne non commerçante (159). Il doit, par conséquent, porter le bon et approuvé, s'il n'est pas écrit en entier par la même personne. Cette prescription évite l'abus de blanc seing.

Le motif qu'il y a d'affranchir les effets de commerce du bon et approuvé ne se retrouve pas ici. Il est inutile d'étendre cette conséquence des règles du change aux obligations écrites à ordre. La pénalité de l'article 407 C. pén. contre les abus de blanc seing ne suffit pas. La prescription de l'article 1326 C. civ. est une garantie de plus. Nous concluerons donc au maintien de ce texte du Code civil (160).

3. *Art. 1328 C. civ.* D'après le droit commun, les actes sous seing privé n'ont de date certaine contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés. Les effets de commerce ont dérogé aux prescriptions de cet arti-

(159) D. 78.1.367 ; D. 93.1.115.

(160) Thaller, *Traité de dr. comm.*, n° 1314 : « Il conviendrait d'étendre l'art. 1326 à la lettre de change ainsi qu'au billet à ordre, sauf pour les signatures de commerçants de profession, que d'ailleurs le texte excepte expressément ».

cle ; sans cela, leur circulation rapide eût été entravée par les formalités de l'enregistrement.

On reproche à ce système la possibilité de la fraude. Une personne, avant de faire faillite, signe ou endosse les effets de commerce de son portefeuille, avec antidate. La preuve de cette fraude est très difficile à faire. Serait-il avantageux d'étendre la même faveur aux obligations civiles à ordre ? On nous dira que si on maintient l'application de l'article 1328 C. civ., on arrive à supprimer tous les avantages dérivant de la clause à ordre (surtout et d'abord sa circulation rapide, en vue de laquelle d'ailleurs on a eu recours à cette forme de transmission).

L'objection est sérieuse. Mais ce besoin de circulation rapide est-il à tel point pressant qu'on soit obligé de sacrifier un texte de droit civil qui évite tant de fraudes ? Il nous semble qu'on exagère un peu, qu'on se fait illusion sur une formule qui, vraie pour les effets de commerce, est fausse pour les obligations civiles à ordre. On ne peut pas supprimer pour une nécessité insuffisamment prouvée, des textes qui garantissent l'honnêteté des opérations juridiques. C'est une méthode dangereuse et une réforme risquée que de satisfaire aux exigences abstraites de constructions juridiques et de négliger des réalités que l'expérience et la vie pratique imposent chaque jour à notre attention.

Pourtant, vu les difficultés auxquelles se heurterait la transmission des titres à ordre nous concluons à l'inapplication de l'article 1328 C. civ., aux obligations civiles à ordre. C'est la conséquence directe de la clause à ordre.

4. D'après le droit commun le créancier peut refuser un paiement partiel (art. 1244 C. civ.). Cette disposition ne s'applique pas au change. Le créancier, porteur du titre, est obligé de recevoir une acceptation partielle et un paiement partiel, ensuite de faire protêt pour le surplus.

Il est souhaitable qu'à l'occasion des obligations civiles à ordre on imite la pratique commerciale, d'autant plus que le juge accorde en matière civile des délais de grâce au débiteur malheureux et échelonne les paiements qui seraient trop écrasants s'ils avaient lieu en une seule fois. Cette faculté accordée au juge aurait pu servir de point de transition à la règle commerciale du change. Le texte du Code civil paraît être anachronique. C'est un souvenir de l'exécution rigide et sans pitié des obligations des premiers temps de Rome.

5. D'après le droit commun un débiteur, pour payer valablement sa dette doit s'informer de l'identité du créancier ou du fondé de pouvoir (art. 1239 C. civ.), faute de quoi il risque de payer une seconde fois. Les règles du change, comme il fallait s'y attendre, n'ont pas admis cette rigueur. Toujours guidée par l'idée d'une circulation rapide la législation du change a repoussé toute entrave qui pouvait ralentir la négociation des effets de commerce.

Un texte du droit civil, pourtant semble venir à l'appui des obligations civiles à ordre. Comme les titres qui les renferment circulent à ordre ou au porteur et comme l'obligation paraît presque incorporée à l'acte, la seule présentation du titre suffit pour justifier de la propriété de la créance. D'après l'article 1240 C. civi.

« tout paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé ». Le mot « créance » de ce texte doit être pris dans le sens d'acte, de titre prolatoire.

Les obligations civiles à ordre doivent bénéficier de cet avantage et la seule présentation du titre doit suffire à un paiement libératoire de la part du débiteur. Grâce à la clause à ordre l'article 1239 C. civ., perd son utilité d'application. Dans l'intérêt même, non pas d'une circulation rapide mais de la stabilité et de la certitude des opérations, il faut sacrifier ce texte de droit commun et décider que le débiteur d'une obligation civile à ordre ou au porteur n'est point tenu de vérifier l'identité du véritable créancier. Il fera donc un paiement valable à celui qui présentera le titre exactement comme en matière de change.

6. Le droit du change présente certaines particularités qui ont modifié les institutions de droit civil pour les adapter aux nécessités spéciales créées par la circulation sûre et rapide.

Ainsi, dans le cas de refus d'acceptation, le porteur s'adresse au tireur ou endosseur pour lui fournir une caution. La solvabilité de cette caution s'apprécie comme en matière commerciale et non comme en droit civil où l'on tient compte des propriétés foncières (art. 2019 C. civ.). Cette restriction apportée par le droit civil pourrait être aisément écartée, la réforme étant souhaitable pour tout le droit civil, non simplement en matière d'obligations civiles à ordre. La prédominance des biens fonciers correspondait à un régime disparu

depuis longtemps, il est absolument inutile d'y recourir pour déterminer la solvabilité d'une caution.

Les obligations civiles à ordre en empruntant la facilité de détermination de la solvabilité de la caution, du droit commercial, ne font que consacrer le changement opéré dans l'ordre économique et le progrès réalisé dans les institutions juridiques similaires de divers pays.

Mais il y a une autre réforme à souhaiter. D'après le droit civil, faute de caution, le nantissement est admissible (art. 2041 C. civ.) tandis qu'en matière de change tout étant de droit strict, il paraît que cette solution ne peut pas être admise. Les obligations civiles à ordre, conservant leur caractère civil, peuvent toujours bénéficier de la faculté accordée par l'art. 2041 C. civ. A l'occasion d'une réforme générale du droit civil et du droit commercial on pourrait bien écarter ces différences inutiles, sans qu'il y ait besoin d'une atteinte sérieuse aux principes fondamentaux du droit.

7. Le Code civil, quand il s'agit d'un gage portant sur une créance, exige un écrit enregistré et une signification au débiteur de la créance constituée en gage (art. 2075 C. civ.). Si une obligation civile contient la clause à ordre faut-il lui appliquer la même règle? D'après certains auteurs (161) en matière de transfert de garantie d'une action ou obligation de société anonyme, on n'a plus recours à la signification, même s'il s'agit de la garantie d'une dette civile.

D'ailleurs, il serait absurde d'admettre la circulation du titre par voie d'endossement sans recourir aux

(161) V. Thaller, *Traité de dr. comm.*, n° 1082.

formalités de l'article 1690 C. civ. et exiger les mêmes formalités pour la mise en gage. Nous sommes d'avis que même l'endossement en blanc doit avoir la valeur d'une procuration (162). Après avoir admis la transmission de la propriété du titre par voie d'endossement, on n'est pas fondé pour dire que les principes de droit sont atteints par cette liberté de mise en gage. On écarte seulement, grâce à la clause à ordre, l'application de certaines règles qui n'ont pas même d'utilité en droit civil. Il serait souhaitable que lors d'une révision du Code civil ces lourdes formalités disparaissent.

8. En matière de change le donneur d'aval, bien qu'il soit caution, ne dispose plus du bénéfice de discussion ni de celui de division. Ce double bénéfice a été écarté en matière de change pour des raisons de célérité d'exécution. C'est une conséquence directe de l'esprit du monde des affaires.

Malgré certaines similitudes d'apparence, nous ne sommes pas d'avis qu'il y ait lieu à une confusion complète entre ces deux séries d'obligations. Elles restent distinctes et se soumettent à des règles différentes. La caution d'une obligation civile à ordre conservera donc le bénéfice de discussion et le bénéfice de division, étant donné qu'il est impossible de renoncer, à ces immenses avantages sans un texte précis de loi.

9. En droit civil un créancier peut surseoir, après l'échéance, à poursuivre ses débiteurs principaux ou

(162) M. Ch. Lyon-Caen croit qu'aucune disposition n'autorise à se dispenser de l'écrit et de la signification, exigés par l'art. 2075 C. civ.

accessoires. Il peut différer sa réclamation sans compromettre sa créance. En matière de change au contraire il y a certains délais à observer qui n'étant pas respectés font disparaître toute l'énergie de l'exécution spéciale et alors on tombe dans le droit commun. Un créancier d'une obligation civile à ordre peut-il renoncer sans préjudice aux règles du change ? Tout d'abord, quelle en serait la conséquence ? On nous dit que faute d'avoir respecté les délais prescrits, on tombe dans le droit commun. Le droit civil donc va s'appliquer et le créancier aura la possibilité, pendant trente ans à se faire recouvrer la créance.

Mais la question n'est pas là. Il faut au contraire la renverser. Un créancier d'une obligation civile à ordre, peut-il bénéficier des règles du change et de l'exécution rapide de ce système ? Cette question est en relation intime avec le protêt. Le protêt est une institution commerciale qui ne s'applique qu'aux effets de commerce. Ne pourrait-on pas l'étendre aux obligations civiles à ordre ?

D'après l'article 175 C. comm., « nul acte ne peut suppléer le protêt ». Il faut donc un acte précis, qui ait sa force probante en lui-même. Mais la jurisprudence est favorable à la clause « retour sans frais (163) ». Cette convention peut-être même tacite et résulter des circonstances (164). Grâce à cette clause le porteur est dispensé de faire le protêt. Les intérêts moratoires courent de plein droit à compter de l'échéance, lorsqu'il y

(163) D. 98.1.509.

(164) Thaller, *Traité de dr. comm.*, n° 1541.

a eu dispense de protêt (165). Le protêt ne paraît donc pas être une institution d'ordre public. On peut arriver au même résultat par d'autres moyens. Les obligations civiles à ordre n'entrant pas dans la catégorie des effets de commerce, peuvent se passer du protêt sans que le droit du créancier en soit atteint en quelque sorte. Depuis la loi du 7 avril 1900 (art. 1153 C. civ.) le droit commun remplit la même fonction que le protêt. Une simple sommation suffit pour mettre en demeure le débiteur et faire courir les intérêts moratoires. Comme la sommation, le protêt n'est qu'un acte préliminaire d'une action judiciaire à intenter. Dès lors nous ne pensons pas qu'un changement de législation soit nécessaire pour arriver à un résultat presque identique.

Les obligations civiles à ordre peuvent donc se passer des formalités du protêt, le droit commun s'appliquera comme auparavant.

Revenant maintenant à la question qui nous intéressait, c'est-à-dire à la question de savoir si un créancier d'une obligation civile à ordre pouvait surseoir sans préjudice de ses droits, à poursuivre après l'échéance ses débiteurs, nous répondons que oui. Le protêt étant écarté, le terme n'est plus fatal. Il est libre d'en faire emploi de la manière qui lui convient.

10. Une question qui se rattache intimement à la précédente est celle de la prescription. Les obligations civiles à ordre par cela seul qu'elles sont à ordre, ne bénéficient-elles plus de la prescription de 30 ans ou va-t-on leur appliquer la prescription de 5 ans ?

(165) D. 64.1.40 (Civ. Cass., 5 janv. 1864).

L'effet de commerce n'emporte pas novation de l'obligation qu'elle renferme. Si l'action dérivée de l'effet de commerce est déjà prescrite, le créancier aura toujours recours à l'action dérivant de la créance première que l'émission de l'effet avait pour but de régler. Au point de vue de la prescription, l'action née de l'effet et celle née du titre primitif ne sont pas solidaires et la Cour de Cassation décide que l'action originaire persiste (166).

La novation ne se présume pas (art. 1273 C. civ.). La jurisprudence française admet la survivance de l'action originaire à la prescription du change. Dès lors, le créancier négligent qui a laissé se prescrire l'action dérivant de l'effet de commerce, conserve toujours, pendant trente ans, l'action dérivant de l'opération primitive qui n'a pas été novée et qui, de ce fait a gardé toute son indépendance.

On nous répond que la dette exprimée dans un effet de commerce, conserve ses racines dans la convention ou dans l'acte d'où elle procède (167). Cette objection n'empêche pas l'obligation primitive de garder son indépendance. Elle n'est que la cause de l'émission de l'effet, elle ne s'incorpore pas au titre. Le titre n'est qu'un moyen conditionnel pour éteindre l'obligation primitive. Si, à l'échéance, ou pendant cinq ans, le débiteur ne paye pas, la condition n'étant pas réalisée, la fonction du titre disparaît et le créancier reprend l'ancienne action dérivant de sa créance primitive.

D'ailleurs, l'article 2220 C. civ., constitue un obs-

(166) Civ. Cass., 28 avril 1900 ; D. 1901.1.17, note Thaller.

(167) Thaller, *Traité de droit comm.*, n° 1302.

tacle assez sérieux pour admettre la réduction de la prescription de 30 ans, avant qu'elle soit acquise. On nous répond que la liberté des conventions le permet. Mais alors, il faut une clause expresse, et ici la clause fait défaut. Ce que nous pouvons dire, c'est que la prescription de 5 ans est spéciale aux effets de commerce et qu'elle n'atteint pas l'obligation primitive, qui continue à bénéficier de la prescription de trente ans.

Revenant maintenant aux obligations civiles à ordre nous concluons au maintien de la prescription de 30 ans, d'autant plus que ces obligations n'ont pas changé de nature juridique et dépendent toujours, en ce qui concerne leur statut, du régime civil.

Les obligations civiles à ordre gardent toute leur indépendance et ne s'incorporent pas au titre. Ce n'est qu'un moyen de preuve qui diffère des autres moyens par la facilité de circulation et par la simplification des règles de rédaction. Les conditions de fond de validité de l'obligation civile restent intactes et continuent à régir cette matière.

II. En suivant cet ordre d'idées, nous arrivons inévitablement à l'analyse de la situation créée par la perte du titre à ordre ou au porteur, contenant une obligation civile. La loi du 15 juin 1872 a institué une procédure qui permet le recouvrement des effets au porteur, perdus ou volés. Cette procédure sera-t-elle applicable aux obligations civiles au porteur ?

La perte du titre à ordre est moins dangereuse que celle du titre au porteur. Pour le titre à ordre, la série des endossements serait un moyen de prouver le faux

d'une signature ou au moins d'établir la présomption de propriété, jusqu'à la date de l'opposition à paiement (art. 151 C. comm.). La jurisprudence française a écarté l'application de l'article 2279 C. civ. aux effets à ordre. Pour les titres au porteur, au contraire, comme rien ne révèle le passage d'une main à une autre, le danger est plus grave ; le droit commun de la possession des meubles (art. 2279 C. civ.) s'appliquera dans toute sa rigueur. Contre un porteur de bonne foi, le véritable propriétaire, victime du vol ou de la perte, n'a rien à faire. Le possesseur du titre est présumé créancier. Si le titre a été acheté à la Bourse, le propriétaire revendiquant doit rembourser la valeur (art. 2280 C. civ.). Les risques sont à sa charge.

Les obligations civiles à ordre ou au porteur sont donc exposées à un risque assez sérieux. Mais, nous avons toujours considéré le titre à ordre ou au porteur, contenant une obligation civile, comme un instrument protatoire (167 *bis*). En cas de perte de cet instrument que fait-on en matière civile ? La preuve testimoniale

(167 *bis*) Il faut remarquer qu'une certaine jurisprudence, sur laquelle on est revenu d'ailleurs, fondée sur des doctrines étrangères, avait émis l'idée « qu'on n'est obligé qu'au titre ». Voir Cour de Paris, 23 juillet 1836, Sir. 37.2.103. Le Conseil d'Etat, en 1840 (Ordonn. Cons. d'Etat, 27 août 1810) avait décidé de même. Mais (Voir Sir. 57.2.636 ; Sir. 65.2.153) la dernière jurisprudence d'avant la loi du 15 juin 1872, avait déjà préparé le terrain pour satisfaire aux intérêts des propriétaires des titres perdus ou volés. L'opposition faite entre les mains du débiteur produisait son effet. Cfr. A. Wahl, op. cit., n°s 1259 et suiv. Cfr., note Labbé sous S. 1865.2.153 ; note Labbé sous Alger, 4 mars 1865 (S. 65.2.155).

n'est admise que pour les litiges ne dépassant pas la somme de 150 francs. L'acte écrit ou au moins un commencement de preuve par écrit, seraient les seuls moyens de preuve. Mais, dans l'hypothèse que nous analysons cet acte est perdu ou volé. Doit-on décider que la preuve devient impossible? Il nous semble que nous pouvons largement utiliser le texte de l'article 1348 4° C. civ. (167 *ter*). Les règles du droit civil concernant la preuve par écrit, reçoivent exception « *au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure* ». La preuve testimoniale et les présomptions seront donc admissibles. On arrive, il est vrai, à reconstituer par ce moyen les éléments de l'obligation civile à ordre, mais on reconnaît d'avance, combien il est difficile d'empêcher le voleur ou celui qui a trouvé le titre au porteur à la veille de l'échéance, de toucher le montant.

La loi du 15 juin 1872 organisant la procédure spéciale d'opposition à négociation et à paiement en cas de vol ou de perte, ne s'attache pas tant à la nature commerciale de l'obligation au porteur qu'à sa forme. L'insertion dans le « *Bulletin* » constitue de mauvaise foi le débiteur, qui ne peut plus se libérer valablement entre les mains du porteur et maintient par là intact le droit de revendication du véritable propriétaire, en empêchant toute négociation du titre après cette date.

Tout titre au porteur, par cela seul qu'il est exposé aux mêmes risques, doit bénéficier de cette loi. Il ne faut pas exiger pour cela une assimilation complète

entre les effets de commerce et les obligations civiles à ordre.

12. D'après l'article 149 C. comm., on ne peut pratiquer une saisie-arrêt sur un effet de commerce. Cela tient à la forme du titre. Le débiteur ne connaissant pas son créancier, il lui est impossible d'admettre une opposition au paiement. Au moment de la saisie-arrêt, la créance peut passer valablement par voie d'endossement dans les mains d'un porteur qui a le droit de repousser toute exception tirée de la saisie. D'abord, la règle de l'inopposabilité des exceptions s'opposerait. En effet, lorsqu'on refuse à un porteur de bonne foi le paiement en vertu d'une saisie-arrêt, cela signifie que l'exception valable contre l'endosseur serait opposable au porteur. Cette conséquence est inadmissible en matière de change. Que décider lorsqu'il s'agit d'obligations civiles à ordre? Sans avoir recours à la règle de l'inopposabilité des exceptions qui est toute spéciale à la matière du change, nous devons écarter la procédure de la saisie-arrêt du domaine de tous les titres à ordre, sans tenir compte de la nature de l'obligation. Toute cette procédure suppose un débiteur qui connaît son créancier et qui jouera à l'occasion le rôle du débiteur saisi. Une créance cédée ne peut plus être saisie. Dès lors, le titre à ordre mettant le débiteur dans l'impossibilité de connaître, au moment de la saisie son créancier, il a le droit de passer outre l'indisponibilité dont la créance saisie est frappée et de faire un paiement valable entre les mains du porteur du titre. Ce genre de titres d'ailleurs, échappe à toute investigation des créanciers saisissants, la circulation étant très facile et

exempte de toute formalité. Voilà pourquoi nous concluons à la non application de la saisie-arrêt aux titres à ordre.

13. La procédure des offres réelles suivies de consignation (art. 1257 C. civ.) sera-t-elle applicable aux créances civiles à ordre? La question est la même que la précédente. Les offres réelles du Code civil supposent la connaissance précise du créancier qui refuse d'accepter. Le titre à ordre qui contient même une obligation civile exclut toute idée de créancier déterminé. Pour éviter les risques, le débiteur voudrait pourtant se libérer, lorsque le porteur du titre ne se présente pas à l'échéance. En matière de change, on suit la procédure simplifiée de la loi du 6 thermidor an III, qui autorise tout débiteur d'effet de commerce à déposer la somme à la Trésorerie générale. Il n'y a aucune raison d'empêcher le débiteur d'une créance civile à ordre de suivre la même procédure. L'acte de dépôt délivré par la Trésorerie servira à éviter un second paiement. Après la consignation, les risques sont pour le porteur du titre (art. 1257 C. civ.).

14. Le système du change, conséquent jusqu'au bout avec son point de départ, refuse le délai de grâce au débiteur. Ce refus contrevient à un principe d'ordre public. Les magistrats ont le droit d'accorder au débiteur malheureux certaines facilités, entre autres le délai de grâce.

Ici, nous touchons au vif du problème, parce que ces deux attitudes différentes correspondent aux deux principes fondamentaux presque irréductibles des deux branches du droit privé.

Le droit commercial, par sa tendance à favoriser le crédit a toujours protégé le créancier. Le refus de délai de grâce en est une des applications les plus caractéristiques. Le droit civil au contraire, ayant plutôt la tendance à protéger le débiteur, lui accorde au cas où il est malheureux, plusieurs possibilités de se soustraire à la rigueur de l'obligation. Comment sortir de ce conflit ? Que décider d'une obligation civile à ordre, lorsque le débiteur ne peut pas payer à l'échéance ? Peut-on admettre que ce débiteur perdra le bénéfice de la loi civile (art. 1244 C. civ.) et lui refuser le délai de grâce ?

Il importe de nous arrêter un peu. Dans cette situation comme dans les autres qui précèdent, nous sommes enclins à maintenir le respect de la loi civile. Nous sommes, en effet, loin de conclure à une assimilation complète des obligations civiles à ordre, avec les effets de commerce en l'état actuel des textes et même en l'état actuel de la jurisprudence.

A la différence des effets de commerce où l'obligation s'incorpore presque dans le titre (avec une réserve toutefois) ici, l'obligation civile première garde son indépendance et c'est à elle qu'on revient pour analyser ses éléments de validité. Le titre est considéré comme un instrument protatoire, il ne crée pas, par son formalisme, une obligation nouvelle. C'est la même obligation qui, pour des raisons de circulation plus simple et plus commode, a adopté la forme à ordre. Les règles auxquelles elle se soumettra seront celles du droit civil. Le droit civil la poursuit comme son statut personnel, dans toutes ses transformations. C'est un « intrus » dans le droit commercial, juste comme

une personne dans un pays étranger. Là comme ici, le statut personnel les poursuit et c'est la loi d'origine, ici le droit civil qu'on consultera pour valider ou invalider une obligation civile à ordre. En poussant l'analogie plus loin, nous pouvons dire que l'emprunt de la forme commerciale et de la simplification de la transmission n'est que le résultat du principe de droit international privé *locus regit actum*. La procédure à suivre comme la forme extérieure des actes, seront celles du pays où l'on exerce le droit. Une obligation civile à ordre, dans le monde commercial n'a fait qu'emprunter les aspects extérieurs du droit spécial sans renoncer à la loi civile qui décidera de ses conditions de validité. L'obligation civile conserve comme un étranger son statut personnel.

Ce n'est qu'à titre d'analogie que nous avons adopté cette forme d'expression. La jurisprudence d'ailleurs, est favorable à cette interprétation. Ainsi, dans les assurances maritimes les assureurs peuvent se prévaloir de l'inexistence d'un des éléments constitutifs de la convention, par exemple de la fausseté de la signature, de l'incapacité, etc. Ils peuvent se prévaloir des immunités que lui confère le contenu de l'acte (168). L'obligation première reste entière on ne s'attache pas seulement à la forme à ordre et on ne s'arrête pas aux éléments de pur formalisme du change, au contraire on va au fond des choses, on discute les éléments constitutifs de l'obligation exprimée dans le titre.

C'est ainsi que l'inobservation des formes prescrites

(168) D. 95.1.137, voir surtout la note de M. Levillain.

à peine de nullité ou de l'absence de certaines énonciations considérées comme indispensables, entraînent la nullité de l'obligation, malgré le strict respect des formes du change. C'est que, la validité des obligations civiles ou commerciales à ordre, autres que les effets de commerce ne tient pas à la forme du titre.

Comme conclusion nous pourrions dire que pour admettre une assimilation complète des obligations civiles à ordre avec les effets de commerce, il faut sacrifier un nombre de règles du droit positif et atteindre parfois, même les principes fondamentaux. La tâche n'est pas aisée. Il faut beaucoup de prudence et surtout un égal souci des intérêts des personnes régies par deux législations différentes. Pour des raisons de crédit on ne doit pas sacrifier ceux qui, tout en empruntant certaines formes étrangères à leurs habitudes professionnelles, ne veulent pas pourtant renoncer à la discipline d'une législation qui leur offre une série de garanties **incontestées**.

CHAPITRE X

Etude des règles spéciales du change et de leur nature juridique. — Inopposabilité des exceptions. — Diverses théories qui ont essayé de l'expliquer. — Réfutation. — Réfutation de la théorie de la délégation. — Institution indépendante, sortie du monde des affaires, sans parenté avec les règles classiques.

On attribue à l'endossement des effets de commerce, deux conséquences extrêmement importantes qui constituent presque toute l'originalité du système du change.

D'abord, la garantie solidaire des divers endosseurs et du tireur en cas de non paiement par le tiré. Et puis, la fameuse règle de l'inopposabilité des exceptions.

A notre avis, la garantie solidaire dérive surtout de la nature commerciale de l'opération, la solidarité étant presque toujours présumée en droit commercial. Ce n'est donc pas de la forme du titre ni de l'endossement que dérive cette garantie spéciale. Ce qu'apporte de nouveau le titre à ordre, c'est plutôt la modification sur certains points de la solidarité civile.

En effet, l'obligation solidaire est celle qui lie tous les débiteurs en vertu d'une communauté de cause. Grâce à l'endossement, cette communauté de cause ne peut plus exister, il y a simplement réunion sur un même titre de différents signataires, en vertu de causes différentes (169).

Ainsi, la citation judiciaire donnée à l'un des signataires n'interrompt la prescription qu'à son égard, les autres pouvant se prévaloir du défaut de citation et se considérer comme libérés. Les débiteurs ne sont pas censés s'être donné mandat réciproque. L'article 1206 C. civ., ne s'applique pas ici (170).

D'après le droit civil (art. 1285 C. civ.) le créancier d'une obligation solidaire ayant déchargé l'un des codébiteurs ou lui ayant fait une remise de dette, perd son droit contre les autres, à moins d'une réserve expresse. En matière de change, la solidarité ne présente pas cette particularité. Le porteur conserve toujours contre tous les signataires qui ne sont pas bénéficiaires de la décharge, ses droits de garantie et de poursuite.

C'est dans ces conditions, avec ces petits changements qu'on présume la solidarité des divers endosseurs, en matière de change.

En droit civil, la solidarité ne se présume pas (art. 1202 C. civ.). L'obligation civile à ordre reste malgré tout, une obligation civile et les règles sur la solidarité étant des conditions de fond, suivent le statut personnel de l'obligation. La garantie solidaire doit être repoussée des titres à ordre, autres que les effets de commerce (171). La solidarité ayant été écartée, nous devons nous demander s'il y a même lieu de garantie dans les rapports entre cédant et cessionnaire.

Cette question, comme celle de la règle de l'inop-

(170) S. 1915.1.5, note Lyon-Caen ; D. 1915.1.9, note Chéron.

(171) Thaller, Traité, n° 1502.

posabilité des exceptions tient avant tout à la nature juridique de l'endossement. Si nous considérons l'endossement comme une simple cession de créance, il faut alors écarter toute idée de garantie et d'inopposabilité des exceptions.

En effet, le cédant ne garantit d'une part, que l'existence juridique de la créance et non pas la solvabilité du débiteur et d'autre part, il ne peut passer au cessionnaire plus de droits qu'il n'en a. Il faut donc, avant toute discussion, chercher à déterminer la nature juridique de l'endossement. Nous essayerons, dans ce chapitre, de faire la critique des systèmes proposés aux fins d'expliquer valablement une règle non seulement originale, mais aussi incompréhensible. Nous pouvons dire tout d'abord, que lui chercher une nature juridique dans le cadre du droit classique, nous paraît une aventure risquée et sans grands résultats.

Les théories qui ont essayé d'expliquer la règle de l'inopposabilité des exceptions et le système bizarre du change, sont assez nombreuses :

1. La théorie de la cession paraît être celle de la tradition du droit français. Mais comme le cessionnaire ne peut avoir plus de droits que n'en avait le cédant, cette théorie ne peut rien expliquer pour ce qui est de l'inopposabilité des exceptions.

2. Théorie de l'acceptation anticipée et renonciation implicite aux exceptions. D'après l'article 1295 C. civ. *« le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eut pu, avant l'acceptation, opposer au cédant ».*

Mais cet article ne parle que de la compensation, le cédé conservant le droit d'opposer toutes les autres exceptions qu'il pouvait opposer au cédant.

On nous dit que la liberté des conventions permet de renoncer à des droits éventuels, comme par exemple à la garantie en cas d'éviction. Le débiteur, en s'engageant en la forme à ordre ou au porteur, est censé renoncer à toutes les exceptions. Mais cette conséquence extrême ne dérive pas du texte de l'article 1295 C. civ. Cet article ne parle que de la compensation. Supposer une renonciation à toutes les exceptions serait attribuer au texte de l'article 1295 C. civ., une vertu qu'il n'a jamais voulu s'attribuer. Car, si on faisait une acceptation pure et simple, dans un acte authentique, la conséquence serait que le débiteur cédé perdrait le droit d'opposer l'exception de compensation et rien de plus. Comment se fait-il donc qu'en voulant expliquer la clause à ordre et l'endossement par cette acceptation anticipée, on ajoute des conséquences qui ne sont pas prévues par le texte du Code civil? L'explication totale ne dérivant pas de là, on force le texte pour en tirer un sens qu'il n'a pas. Pour expliquer par une institution classique une situation originale et sortie d'une expérience différente de celle du Code civil, on arrive à transformer le sens et l'aspect de l'institution. A notre avis ce n'est pas une bonne méthode juridique et cela, malgré certaines analogies frappantes et suggestives.

3. On a essayé d'expliquer la règle de l'inopposabilité des exceptions par la théorie de la novation. La novation a pour conséquence l'extinction d'une obliga-

tion et la création immédiate d'une obligation nouvelle, qui doit la remplacer. Dès lors, le rapport premier étant dissout, les exceptions qui lui faisaient cortège disparaissent et ne peuvent plus influencer sur la validité du nouveau rapport. On explique par là, la règle de l'inopposabilité des exceptions, mais elle ne suffit pas à expliquer tout le système du change. Les sûretés réelles qui accompagnent un effet de commerce se transmettent en même temps que la créance. La novation, au contraire, a pour conséquence de les éteindre avec l'obligation à laquelle elles se rattachaient. La novation n'expliquant donc qu'un seul des multiples effets de l'endossement doit être écartée, comme insuffisante, pour une explication totale.

Même en ce qui concerne la règle de l'inopposabilité des exceptions, la novation n'explique pas tout. Il est certain que la novation suppose une obligation préexistente et valable. Si la première obligation est nulle faute de cause ou pour cause immorale ou illicite, la novation n'opérerait pas. La nouvelle obligation serait annulée pour défaut d'obligation préexistente valable, ce qui revient à dire que l'exception de défaut de cause est toujours opposable et opère efficacement.

On a essayé d'expliquer cette fameuse règle par la théorie de la stipulation pour autrui. Entre le souscripteur et le premier porteur intervient un contrat. Le premier porteur stipule pour lui et pour celui qui sera porteur au jour de l'échéance. On sait que le droit du bénéficiaire d'une stipulation est un droit propre, qui ne passe pas par le patrimoine du stipulant. Ce droit propre expliquerait en quelque sorte l'inopposabilité

des exceptions. Mais comment expliquer la garantie solidaire des divers endosseurs, conséquence inévitable de l'endossement ?

Le bénéficiaire d'une stipulation a un droit qui dérive de l'engagement premier entre promettant et stipulant. Si cet engagement est nul, le droit dérivé qui se greffe en quelque sorte sur l'engagement premier, doit aussi être nul. Qu'est-ce à dire, sinon que les exceptions opposables au premier preneur le seront aussi aux successeurs. De même, chaque endossement constituant une stipulation pour autrui, le droit de l'endossataire dépendra de la validité de l'engagement qui a procuré à son endosseur la propriété de la créance. Les exceptions restent toujours opposables, même entre endosseurs et endossataires. Il est donc absolument inutile d'avoir recours à une théorie qui, non seulement n'explique pas tout, mais encore qui n'explique pas même la règle principale, l'inopposabilité des exceptions.

5. La théorie de l'offre a essayé aussi de donner son appui pour définir la nature juridique des titres de crédit. La théorie de la stipulation pour autrui, réalisait le premier terme d'un rapport direct, c'est-à-dire que, grâce à elle, on s'expliquait la présence d'un créancier direct du souscripteur. Mais le débiteur se tenant pour obligé en vertu du premier engagement qu'il considérait comme son obligation principale, faisait dépendre de la validité de celle-ci, l'obligation surajoutée au profit du bénéficiaire de la stipulation.

La théorie de l'offre ajoutée à la précédente, expliquerait l'obligation directe du souscripteur envers le porteur. Tout titre à ordre contient l'offre d'engage-

ment du souscripteur. L'endossement ne sert qu'à transmettre l'offre aux divers bénéficiaires successifs. Le rapport juridique formé entre le souscripteur et l'un des porteurs a une existence indépendante, excluant toute idée d'exceptions tirées des rapports des porteurs successifs.

Mais l'offre est essentiellement révocable jusqu'à l'acceptation. Elle suppose la formation éventuelle d'un contrat. Peut-on admettre que le souscripteur ait le droit de retirer de la circulation, l'obligation à ordre, jusqu'à ce qu'il ait reçu la notification de l'acceptation? Cela signifie rendre instable l'obligation exprimée dans le titre à ordre et par là, entraver sa circulation. Ces deux conséquences sont contraires à la nature juridique des titres de crédit.

La théorie de l'offre n'expliquerait en outre que la phase antérieure au protêt. Le jour de l'échéance, le dernier porteur se présentant au souscripteur, demandera le paiement. C'est à ce moment que le contrat sera conclu par la détermination du créancier. Si le tiré ne paie pas, le porteur fera protêt. Mais nous savons qu'un effet de commerce est transmissible par endossement, même après le protêt et que la règle de l'opposabilité des exceptions s'explique comme avant. La créance après protêt n'est plus une offre, le créancier étant déjà connu. C'est donc un contrat qui se transmet. La transmission après protêt équivaldrait alors à la cession des créances. Or, ce n'est pas ainsi qu'on raisonne en matière d'effets de commerce. L'endossement avant et après protêt est une opération de même nature.

5 bis. On a essayé d'expliquer le système du change (Huvelin) par les principes généraux de la vente. « *Le change tiré fonctionne à la fois comme transport d'argent et comme vente d'espèces. De là la difficulté de grouper ses règles sous un principe unique (117 bis)* ». Le tireur étant propriétaire d'une valeur qui se trouve entre les mains du tiré (provision) donne ordre à celui-ci, qui est considéré comme simple détenteur de la chose d'autrui, de se mettre à la disposition du bénéficiaire. Ce système expliquerait le transport de la provision aux porteurs successifs de la lettre de change (solution de la jurispr.) et le recours en garantie du porteur non-payé contre les endosseurs et le tireur. Le non-paiement équivaldrait à l'éviction, point de départ de l'action en garantie.

On ne peut expliquer pourtant, dans ce système, le droit de propriété sur des choses de genre non individualisées et, par conséquent, non susceptibles de revendication.

6. La théorie du contrat abstrait. Cette théorie est d'origine allemande et se rattache aux plus vieilles traditions romaines. Le droit romain a connu, en effet, un contrat abstrait, la stipulation. Dans une stipulation, le promettant est obligé, dès qu'il prononce les verba : « *spodes-ne? — spondeo!* »

Cette stipulation dérivait du nexum. Dans le droit classique le système étant devenu déjà plus souple, on permettait au débiteur de faire la preuve du défaut de cause de son obligation.

Sous le Bas-Empire, la stipulation a commencé à

être consignée dans un écrit qui servait de preuve. Cet écrit n'a jamais joué le rôle de créateur d'obligations comme le veulent certains auteurs pour expliquer l'origine de la lettre de change.

Ce type de contrat abstrait a subi, soit par l'intervention du prêteur, soit par l'effet des constitutions impériales, des changements notables, de sorte qu'aux derniers jours du droit romain on ne reconnaît plus sa physionomie première.

L'exception de la « *querella non numeratae pecuniae* » a tout changé. Le débiteur, opposant cette exception, obligeait le créancier à faire la preuve de son obligation. Ce bénéfice de la « *querella* » fut étendu par Justinien, même aux prêts d'autre nature que ceux d'argent. La promesse sans cause ne gardant plus sa vigueur première, perdait tout son intérêt.

En effet, le contrat abstrait, dégagé de la cause contingente, était doué d'une rare énergie. La scission entre cause et obligation étant définitive, le débiteur ne pouvait plus établir aucune exception sur l'inexistence de la cause ou de son caractère illicite. Il était lié d'une façon irrévocable.

Tout ce système est échafaudé sur la théorie de la cause. Malgré certaines critiques (172), très sérieuses d'ailleurs, nous ne croyons pas qu'on puisse écarter l'élément de la cause du groupe des éléments indispensables à la validité des contrats (173).

(172) Planiol, *Traité de dr. civil.*, vol. II, n° 1067 ; Timbal, De la cause (thèse 1882) ; Thaller, De la nature juridique des titres de crédit, p. 12, n° 15.

(173) A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, vol. II, p.

Laissant de côté cette question qui pourrait nous entraîner bien loin, nous pouvons affirmer pour le moment qu'on ne pourrait rattacher le système du change à la conception originaire de l'obligation du droit romain. A l'époque classique déjà, les idées avaient visiblement changé. Il n'y a donc pas eu d'évolution ininterrompue jusqu'à l'époque de la création de la lettre de change. Faire revivre des idées disparues n'est pas une méthode juridique pour expliquer les institutions nouvelles. Le système des contrats abstraits tenait plutôt du caractère sacré ou religieux des obligations des premiers temps de Rome. Il a été vite remplacé par le groupe des contrats de bonne foi. C'est donc une tentative anachronique. Il n'est pas possible qu'à la base du change reposent des idées d'une époque aussi reculée.

Le droit français n'a pas admis la théorie des contrats abstraits. Pour l'explication de la nature juridique des effets de commerce, point n'est besoin de recourir à cette théorie.

La dette exprimée dans une lettre de change a sa racine dans l'obligation première, « *elle continue à vivre dans le titre, elle n'est pas étouffée par lui* (174) ». Il s'ensuit de là que toutes les théories de ce genre, comme, par exemple, celle de l'obligation incorporée dans le papier (Kreationstheorie) ou perso-

(174) Thaller, Traité, n° 1302 : « La lettre de change n'a de valeur qu'à la condition de rester trempée dans les relations juridiques qui l'ont fait naître. Notre école, par le tour de son esprit d'affaires cherche à concilier le droit commun avec le droit du change.

nifikationstheorie, ou de l'acte unilatéral (175), qui admet la naissance de l'obligation sans le concours d'une contre-partie, sont étrangères à l'esprit du droit français et partant inadmissibles. La jurisprudence d'ailleurs est hostile à l'acclimatation de ces idées en France.

7. Nous avons laissé à dessein à la fin, la théorie de la délégation proposée et soutenue magistralement par M. Thaller qui cherche à mettre d'accord le droit commun avec le droit du change (176). A cette occasion, nous verrons combien il est difficile de trouver une explication complète pour une institution qui n'a rien de commun avec le droit classique, par des moyens juridiques connus.

La délégation a servi dans le droit romain au transport des créances. C'était la pratique ordinaire. Le débiteur promettait sur le jussum de son créancier à un tiers qui pouvait être le créancier de son créancier ou, très souvent, un cessionnaire de la créance, le montant de sa propre dette (177). Mais la délégation exigeait

(175) Thaller, *De la nature juridique*, nos 7, 19, 24 ; — Voir aussi les auteurs cités ; — Saleilles, *op. cit.*, n° 260 et suiv. ; Debray, *De la clause à ordre* (thèse). — L'école italienne a admis en grande partie les idées allemandes (V. Vivante, *Traité de dr. commercial*). — Cfr. A. Wahl, *op. cit.*, n° 244-259 ; — La jurisprudence française n'a pas été sans subir l'influence de ces théories (surtout de la personifikationstheorie qu'elle confond souvent avec la théorie de l'incorporation), V. Sir. 37.2.103 ; Sir. 38.1.132 ; Cass., 3 janv. 1887, Sir. 1887.1.269.

(176) Thaller, *De la nature juridique*, n° 52 ; — Cfr. aussi du même auteur, *Traité*, n° 1213.

(177) Dig., h. t., II, pr. : « Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit ».

le consentement du débiteur, formalité qui était une source de difficultés pour la transmission rapide.

La délégation se faisait par la stipulation ou par la *litiscontestatio* (178). Dans ces deux cas, la créance était novée et une nouvelle créance prenait sa place. Lorsque le cessionnaire voulait acquérir un droit nouveau et indépendant contre le cédé, il avait recours à la délégation. Tout dépendait de la formule qu'on employait. Si on stipulait du délégué « *ce qu'il devait* » alors les exceptions se conservaient et la nouvelle obligation se mesurait sur l'ancienne. Le débiteur, en changeant de créancier, ne perdait rien de ses moyens de défense. C'est presque notre cession moderne (art. 1689 C. civ.). Mais si on stipulait « *mille sesterces* » sur l'ordre du déléguant, la stipulation opérait novation et les exceptions ne pouvaient plus se conserver (179). La stipulation donc, avant Justinien, entraînait la novation en matière de délégation. Mais, si la promesse du délégué, tant dans la forme que dans l'intention, constituait un transport de créance, les exceptions se conservaient.

Dans une délégation parfaite, donc, le débiteur, en changeant de créancier, perdait les exceptions qu'il

(178) Ulpien, Dig., h. t. II.1 : « Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per *litiscontestationem* ».

(179) Dig., de novat., XLVI, L8, § 4 ; — V. Paul Gide, op. cit., p. 256, texte traduit de Paul : « Pourquoi les exceptions opposables au déléguant ne peuvent-elles plus s'opposer au délégataire ? C'est qu'il n'est pas facile au délégataire de savoir ce qui s'est passé entre le débiteur et le déléguant ; le délégataire doit même garder le silence sur ce point, pour ne pas paraître trop curieux ».

pouvait avoir du chef de son ancienne créance contre le cédant. Le créancier, en changeant de débiteur, perdait les sûretés attachées à son ancienne créance. Ces deux résultats connexes s'expliquaient par la novation. Pour éviter ces conséquences, il fallait faire une réserve spéciale lors de l'engagement.

Sous Justinien, grâce à la réforme de 530, les présomptions de novation furent renversées. Ce n'est plus une nouvelle obligation qui va résulter de la stipulation ou de la *litiscontestatio*, mais c'est l'ancienne obligation qui restera intacte dans toutes ces opérations : « *Nous voulons que désormais ces actes ne changent absolument rien à l'ancienne obligation, mais que cette obligation demeure intacte et que la nouvelle vienne s'y joindre, à moins que les parties, par une convention spéciale, n'aient abandonné la première créance et dit qu'elles entendaient remplacer la première par la seconde. Et nous établissons ce principe général que la novation doit s'opérer par la volonté des contractants et non par la volonté de la loi* (180). »

Le Code civil a emprunté ce système. L'art. 1273 C. civ., dit la même chose : « *La novation ne se présume point, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.* » Le système consacré par le Code civil est celui de la délégation parfaite. Pas de délégation sans novation. Elle correspond à la délégation romaine du temps de Gaius. Mais la délégation romaine présumait la novation, tandis que le Code civil exige une déclaration expresse (art. 1275 C. civ.). La

(180) Texte traduit, reproduit de P. Gide, *op. cit.*, p. 178.

délégation du temps de Justinien présentait plutôt les caractères de la cession de créance.

A côté de la délégation parfaite qui implique l'idée de novation, le droit moderne comme le droit romain a construit la théorie d'une délégation imparfaite. Cette délégation exclut toute idée de novation et maintient les exceptions, comme aussi les sûretés attachées à la créance.

Après avoir jeté un coup d'œil vers le passé, nous sommes mieux à même d'apprécier la valeur d'une théorie qui prétend expliquer une série d'institutions par la délégation et spécialement l'endossement des créances à ordre.

La délégation imparfaite ou délégation-transport ne suffit pas à expliquer la règle de l'inopposabilité des exceptions. L'engagement du délégué n'aurait plus de cause. Le délégataire, conservant l'action de son ancienne créance contre le déléguant, n'aura aucun droit d'écarter l'exception de défaut ou de nullité d'obligation que le délégué serait en droit de lui opposer au cas où il posséderait ces exceptions contre le déléguant. En effet, dans le système de la délégation imparfaite nous ne pouvons pas comprendre l'extinction des exceptions et la naissance d'un rapport nouveau, indépendant, entre le délégué et délégataire. Ce serait arriver, par un détour, à la théorie de l'obligation abstraite.

Le système de la délégation parfaite s'explique très bien. En vertu de l'art. 1377 C. civ., nous soutenons que le créancier qui a accepté une délégation parfaite a entendu renoncer par là à sa créance première. Il

subit donc un dommage par la destruction de son titre. L'équivalent de ce dommage serait l'engagement du délégué, engagement qui, jusqu'à un certain point, correspond au paiement. Par suite de la novation opérée (art. 1275 C. civ.) la cause de l'obligation du délégué envers le délégataire serait la perte de la créance contre le déléguant, ce qui justifie les droits du délégataire de repousser toutes les exceptions que le délégué pourrait lui opposer. L'engagement du délégué, indépendamment en apparence, a ici une cause suffisante, la novation de la créance du délégataire contre le déléguant. La fameuse règle de l'inopposabilité des exceptions ne peut **s'expliquer que dans le système de la délégation parfaite**. C'est la novation seule qui explique ce miracle. On ne peut plus opposer les exceptions parce que les rapports de créance ne sont plus les mêmes.

Le Code civil a tout mêlé. On ne distingue plus ce qui est véritablement romain de ce qui est de l'époque de Justinien. Dans la délégation imparfaite, l'engagement du délégué n'est pas indépendant de sa cause (181). Le délégué peut toujours opposer les ex-

(181) A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, vol. II, p. 111. Les auteurs pour expliquer l'inopposabilité des exceptions, ne font plus de distinction entre la délégation parfaite et la délégation imparfaite, ce qui ne paraît pas être conforme aux traditions du droit : « Sans nous inquiéter désormais de savoir si la délégation est parfaite ou imparfaite, nous relèverons ce trait que la délégation a pour effet de créer un lien de droit entre le délégué et le délégataire... Il en résulte que le délégué ne peut pas opposer au déléguant les exceptions et moyens de défense qu'il avait contre le délégant ».

ceptions qu'il tient du chef de sa dette originaire. Le délégataire non payé, conservant son action de recours, se retournera contre le déléguant. Tout se passe comme dans une cession ordinaire, sans se confondre toutefois avec elle. Soutenir que le délégué est engagé même s'il ignorait la nullité de son obligation envers le déléguant, c'est admettre du coup la théorie de l'engagement abstrait, dégagé de sa cause. Le Code civil n'a pas admis cette théorie. Au lieu de recourir à une interprétation déguisée, en ayant l'air de se fonder sur le droit classique, il vaut mieux appeler de son nom la théorie qui prétendrait expliquer ainsi une situation juridique inextricable, comme celle créée par la clause à ordre. Ce serait purement et simplement la théorie de l'engagement abstrait qui ne cadre pas, comme nous l'avons vu, avec l'ensemble de la législation française (182).

La jurisprudence a d'ailleurs fait quelques applications des idées que nous avons développées ci-dessus. Elle tire la règle de l'inopposabilité des exceptions de la délégation parfaite, celle qui suppose la novation, comme dans le droit romain : « *Le créancier qui, de bonne foi, a accepté au lieu et place de son débiteur et en le libérant, une autre personne capable de s'obliger, laquelle s'est engagée envers lui sans aucune condition, a, désormais, action contre le nouveau débiteur ainsi substitué au premier, quelle que soit la nature des rapports juridiques ayant existé entre l'ancien et le nouveau débiteur : ainsi, celui-ci ne peut s'affran-*

(182) Voir page .

chir de son engagement envers le créancier sous le seul prétexte que, par erreur, il se serait cru obligé lui-même ou que son obligation envers l'ancien débiteur a été déclarée nulle par une décision passée en force de chose jugée (art. 1271 et 1275 C. civ.) (183). »

Un autre arrêt, de la Cour de Toulouse (184), répète presque dans les mêmes termes l'arrêt précité : « *Attendu qu'un créancier ayant, de bonne foi et du consentement de son débiteur, accepté au lieu et place de celui-ci, qu'il a libéré, une autre personne....* ».

La jurisprudence insiste sur la novation, « *qu'il a libéré* », dit-elle, pour expliquer la règle de l'opposabilité des exceptions.

Mais si cette règle peut s'expliquer par la délégation parfaite, cela ne suffit pas pour expliquer les autres règles du change qui lui font cortège. La novation éteint la créance avec toutes les sûretés qui y sont attachées. Or, nous savons que la lettre de change n'opère pas cette extinction des sûretés (185). Dans une délégation parfaite, la créance du délégataire envers le déléguant est éteinte par la novation. La lettre de change, dans la doctrine française, n'opère pas novation, l'ancienne créance subsiste (186). La délégation, qu'elle soit parfaite ou imparfaite, n'implique pas garantie de la solvabilité du débiteur-délégué

(183) S. 72.1.31 (Cass., 24 janv. 1872).

(184) D. 98.2.337 (Cour de Toulouse, 4 janv. 1895).

(185) Thaller, Traité, n° 1300.

(186) Thaller, Traité, n° 1301.

(187). Comment expliquer alors l'obligation à la garantie, même sans solidarité, de tous les signataires? Déjà, à une analyse encore superficielle, les points faibles commencent à apparaître.

Si nous allons plus loin, les difficultés vont s'accroître, la délégation seule ne pourra plus suffire à expliquer les particularités du change qui lui font cortège et se tiennent dans un ensemble indépendant.

C'est ainsi que toute idée de cession étant écartée, on est dans l'impossibilité d'expliquer la règle admise par la jurisprudence que la provision de la lettre de change se transmet avec le titre et appartient au dernier porteur (188). A côté de l'obligation nouvelle et indépendante du délégué, y a-t-il aussi une cession de créance successive, appartenant aux divers porteurs? Cette cession pourrait expliquer le transport de la provision qui est inexplicable autrement par la délégation.

La théorie de la provision joue un rôle important dans l'explication historique de la lettre de change. Les rapports d'associés entre tireur et tiré sont la rai-

(187) H. Capitant, note sous l'arrêt de la Cour de Toulouse du 4 avril 1895 (D. 98.2.337) : « Il est vrai que d'après l'art. 1276 C. civ., le déléguant garantit au délégataire la solvabilité actuelle du délégué, mais il ne s'agit que de la solvabilité présente, au moment où intervient la délégation et non de la solvabilité future. Le déléguant n'est donc pas responsable de l'insolvabilité future du débiteur délégué... En cas de délégation imparfaite, le déléguant ne répond dans aucune mesure de la solvabilité du débiteur, pas même de sa solvabilité au moment de l'acte ». Cela revient à dire que la délégation imparfaite est une simple cession de créance. — Cfr. aussi P. Gide, op. cit., p. 472.

188. S. 99.I.65 (Cass., 23 nov., 1898, note A. Wahl).

son intime et historique de l'engagement de ce dernier envers le porteur de la traite. « *Tiré et tireur forment, au regard du présentant, une unité juridique. Originellement, le tiré est toujours un mandataire ou un associé du tireur (191 bis).* »

Dans une délégation parfaite ou imparfaite, le débiteur doit intervenir, donner son consentement à tout changement qui s'opère relativement à sa dette. La tradition du droit romain n'a jamais admis une délégation sans le consentement du débiteur délégué. Pourtant, dans une lettre de change, les divers porteurs n'ont pas besoin d'une nouvelle acceptation, la première, la seule, suffit à tous. Cette simplification ne vient pas de la délégation, assurément, elle n'était pas connue dans le droit romain. C'est la conséquence de la clause à ordre et de son développement historique. Cela est si vrai, qu'au début, la faculté d'endosser n'était permise qu'au premier porteur-bénéficiaire. Elle s'épuisait par le premier usage. Dans ces conditions, l'intervention des banquiers devenait absolument nécessaire et, pour éviter un tel privilège, on a dû inventer le système des endossements successifs, sur une même traite (189).

Expliquer par la vertu de la règle qu'on se propose d'expliquer, certaines situations juridiques, ce n'est pas évidemment faire un pas en avant. M. Thaller ajoute : « *c'est une sous-délégation (190)* », chaque

(191 bis) Freund, *Das Wechselrecht der Postglossatoren*, première partie, 1899.

(189) Thaller, *Traité*, n° 1282.

(190) Thaller, *Traité*, n° 1463.

porteur devient délégant à son tour. Engagé sur cette voie de tout expliquer par la délégation, M. Thaller complète la théorie, la transforme, la transfigure.

La délégation n'emporte pas garantie?... Eh ! bien, on ajoutera à la théorie de la délégation celle du cautionnement : « *Le délégué a voulu fortifier la dette que le délégant avait assumée envers le délégataire, a voulu devenir la caution de ce délégant et s'associer à son obligation* (191). »

Mais comment se fait-il qu'ici la caution (tiré-délégué) soit le débiteur principal et n'ait pas, ce qui caractérise la caution, le bénéfice de discussion (art. 2021 C. civ.) ainsi que celui de division (art. 2026 C. civ.) ? D'après les règles du Code civil, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette (art. 2035 C. civ.). En vertu de ces règles donc le délégué ou le tiré serait autorisé à opposer les exceptions du chef de tous les endosseurs qui seront ses délégants successifs, donc ses débiteurs, qu'il est appelé à cautionner. Interpréter autrement les textes serait les forcer à parler un langage inintelligible.

Poussant l'analyse plus loin nous découvrons d'autres contradictions plus frappantes. Ainsi, dans le système du change, il y a certaines conséquences qui ne peuvent s'expliquer que par les règles traditionnelles du commerce. La délégation ne suffit pas à les expliquer. M. Thaller fait appel alors à la théorie des quasi-délits, de la responsabilité civile (art. 1382 C. civ.),

(191) Thaller, Traité, n° 1293.

pour expliquer certaines conséquences purificatrices de l'endossement (192) :

1. Le blanc seing.
2. La minorité (postdate).
3. Absence de provision.
4. Rédaction insuffisante de l'effet.
5. Détournement d'une griffe.
6. Espace laissée dans le corps de l'effet, à côté de la somme.
7. Abus de signature.
8. Paiement de la lettre de change, sans retirer l'effet.

Toutes ces irrégularités seront couvertes par l'endossement.

Il s'opère une sorte de purge de tous ces vices. Pourquoi? Parce que les tireurs sont responsables d'avoir commis toutes ces fautes, ils doivent donc engager leur responsabilité civile. Pourquoi, alors, ne pas intenter l'action qui dérive de l'art. 1382 C. civ., et renoncer à l'action du change?

Le système, si simple au début, va se compliquer davantage. Pour expliquer le transport de la provision, M. Thaller aura recours à la théorie de la cession dont parle aussi Pothier : « *La lettre de change est une cession ou transport d'une somme d'argent que le tireur fait à celui au profit de qui il tire.* » Pourtant, aucune condition de forme n'est requise pour consommer cette aliénation : L'inapplication des formalités de l'art. 1690 C. civ., paraît inexplicable. M. Thaller

(192) Thaller, Traité, n° 1469.

nous dit : « *la délégation n'est pas inconciliable avec la cession* », et, dans le même chapitre, nous trouvons juste le contraire « *délégation et cession doivent s'exclure l'une l'autre* (193) ». On a vraiment l'embarras du choix.

Mais l'endossement fait circuler la créance. A chaque endossement, d'après M. Thaller, la créance *se renouvelle*. Ce n'est donc pas une cession, c'est une nouvelle obligation dont la validité dépend des rapports et de la situation respective entre le délégué et le nouveau porteur : « *Le nouveau porteur acquiert un droit propre né de l'endossement lui-même. La créance, qui, aux mains du premier porteur, n'avait pas de valeur, devient bonne en passant à un titulaire suivant* (194). »

Si, à chaque endossement, la créance se renouvelle, si le porteur est censé être créancier du tiré en vertu d'un engagement nouveau, tous les vices alors, même ceux de violence et de faux, doivent disparaître et ne jamais pouvoir s'opposer au porteur. M. Thaller s'oppose pourtant à cette conséquence logique. Parmi les exceptions qui persistent, malgré l'endossement, il cite le faux et la violence (195).

La théorie du contrat abstrait expliquerait jusqu'à un certain point le système du change. Mais M. Thaller la repousse : « *Les constructions précédentes (faisant allusion aux théories allemandes) ont incontestablement*

(193) Thaller, Traité, n° 1446.

(194) Thaller, Traité, n° 1463.

(195) Thaller, Traité, n° 1471 (c et d).

blement leur mérite, économiquement parlant. Le plus sérieux reproche qu'on puisse leur adresser, c'est leur imprécision. »

La délégation paraît-elle si précise ? Nous venons de voir justement le contraire. C'est, en effet, ce que M. Thaller lui-même, impressionné par ces contradictions, nous avoue lorsqu'il parle de la lettre de change comme d'une « *conception bizarre et fantaisique, qui ne s'explique que par le développement du droit commercial, en dehors des cadres classiques* (196) ». Cette idée, nous l'avons soutenue dans la première partie de notre étude, à savoir, une règle de commerce, sortie du monde des affaires. Les usages commerciaux n'ont pas toujours eu souci des règles de droit.

Comment expliquer, par exemple, le régime rigoureux d'exécution au cas de non-paiement d'un effet de commerce ? La délégation ne sortant pas du groupe des institutions civiles, les règles de la preuve et des poursuites ne doivent rien avoir d'exceptionnel. Il ne faut pas se laisser prendre par une analogie d'apparence. Les dernières recherches d'ailleurs confirment cette idée : « *Jusqu'à la fin du xv^e siècle les postglossateurs n'ont pas considéré l'ordre contenu dans la traite comme une « jussus accipiendi », ni l'acceptation comme une stipulation délégatoire : ils n'ont donc pas admis que l'acceptation du tiré libérât le tireur. L'idée contraire repose sur une confusion de la lettre de change avec certaines institutions qui en diffèrent sensiblement et qui se rencontrent dans le commerce de banque* (197). »

(196) Thaller, *Traité*, n° 1454.

(197) Huvelin, *Annales de dr. comm.*, 1901, p. 20.

La lettre de change n'a rien de commun avec les institutions du droit civil. Née dans le monde des affaires, on lui applique le système des poursuites, propre aux dettes de foire (*rigor mundinarum*). Comme dit M. Thaller « la lettre de change est, historiquement, la dette de foire par excellence (198) ».

C'est donc une création nouvelle, sans aucune parenté avec les institutions du droit romain (199). Si on veut expliquer par une théorie romaine une institution moderne, on ne doit pas dans ce but la moderniser et en changer la physionomie première. Expliquer la clause à ordre par une délégation défigurée, ravaudée par une série d'institutions contradictoires ou étrangères, c'est expliquer la clause à ordre par la clause à ordre.

(198) Thaller, *Traité*, n° 1281 ; — Huvelin, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires* (Paris 1897), p. 178 ; — Du même auteur, *Etude critique sur la Lettre de foire à Ypres au XIII^e siècle*, p. 153 : « Les lettres passées en cours de foire sont privilégiées quant à leur force probante, quant à leur force exécutoire, quant à la juridiction compétente pour en connaître : elles bénéficient des faveurs exceptionnelles qui constituent le droit des foires ».

(199) P. Gide, *op. cit.*, parlant de la clause à ordre, dit entre autres (p. 438) : « C'est grâce à une clause bien simple en apparence mais que tout le génie des juriconsultes romains n'avait pas su inventer ». — On a essayé pourtant de trouver une origine romaine à la lettre de change. C'est ainsi qu'on a proposé le « constitut », ou le « receptum argentarii » et dernièrement « la cautio discreta ». Toutes ces hypothèses ont été repoussées. — Huvelin, *Travaux récents sur l'histoire de la lettre de change*, p. 14, *Annales de dr. comm.* : « On n'a pas assez remarqué combien l'emploi de la terminologie et des con-

ceptions romaines s'applique mal en nos matières, combien il fausse les résultats auxquels on aboutit, et combien l'intervention des post-glossateurs et des jurisconsultes postérieurs élevés à l'école de Justinien, a rendu plus difficile la doctrine de notre institution ». — A la fin du XII^e siècle on trouve en Italie des traces de lettres-missives fermées qui s'appellent « *lettere di pagamento* » (lettres de paiement). On reconnaît aujourd'hui dans ces lettres de paiement la première forme de la traite moderne. D'où viennent ces lettres de paiement ? Le droit romain n'a rien d'analogue.

D'après Scharbe *Einige Beobachtungen zur Entstehungs geschichte der Tratte*. — (Zeitschr. der Savigny-Stiftung, 1893, p. 134), c'est une forme spéciale de la correspondance commerciale. Dans les lettres d'affaires de banquiers, on rencontre, à côté des mentions les plus disparates des mandats de paiement. A une certaine époque on a séparé cet avis du reste de la correspondance et on l'a confié aux donneurs de valeur qui sont devenus les bénéficiaires ou porteurs des lettres de change.

D'après Lastig (*Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts* — Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht (1878), p. 138), la fonction juridique et les formes spéciales de la lettre de change dériveraient des mentions portées aux registres des banquiers. Le statut de Calimala de 1337 en est une preuve. Si le paiement devait s'effectuer sur une autre place on avait recours à un avis confié à l'intéressé qui le présentait au correspondant du banquier pour l'avertir du virement opéré sur le registre.

D'après Goldschmidt (*Universalgeschichte des Handelsrechts*, p. 430) l'origine de la traite serait le billet à ordre domicilié. Pendant tout le XII^e siècle il n'existe pas encore de traite indépendante mais seulement des avis de paiement. — V. Huvelin, *Annales de dr. commercial*, 1898, « Les courriers des foires », p. 392 : « Il faut noter, pour terminer, cette étude sur le caractère des messages portés par les cursors, que les avis de paiement, traites et remises qu'ils portent, ne constituent pas des titres séparés, ils font partie du corps même des lettres commerciales où ils voisinent avec d'autres mentions très disparates ». — L'influence arabe paraît avoir été assez sérieuse. L'introduction, dans les usages commerciaux, de la lettre de change, coïncide avec l'époque des Croisades. En tout cas, l'origine de l'endosse-

ment paraît venir de là (D^r Richard Grasshoff, *Das Wechselrecht der Araber*, Berlin, 1900).

Ce qu'il faut retenir, c'est que toutes ces recherches se font en dehors du droit classique qui est complètement abandonné. La connaissance exacte des usages des foires apportera plus de lumière en cette matière que n'importe quel essai savant de droit classique.

CHAPITRE XI

La question de l'assimilation des obligations civiles à ordre ou au porteur avec les effets de commerce. — Contradictions de la jurisprudence, — Contradictions de la doctrine. — Solution proposée.

Après avoir énuméré les diverses théories qui ont essayé de définir la nature juridique de l'endossement, nous sommes obligés de reconnaître que nous ne sommes avancés en rien. Nous sommes dans la même incertitude dans laquelle nous nous trouvions au début, avant toute analyse. Certes, nous avons conclu à l'indépendance de cette institution, qui ne se rattache à aucune règle du droit classique. Que signifie cela? Que faut-il faire avec les créances, autres que les effets de commerce, comment doit-on les traiter par rapport à la règle de l'inopposabilité des exceptions? La question reste entière.

Les auteurs, favorables à l'extension de la règle de l'inopposabilité des exceptions aux créances civiles à ordre, disent : « *Il est arbitraire d'attacher à l'endossement des effets variant selon la nature des titres, alors qu'aucun texte de loi ne fait de distinction à cet égard* (200). » Il est vrai que la loi ne fait aucune distinction, mais il faut remarquer en même temps que la

(200) Ch. Lyon-Caen, *Rev. Critique*, 1894, p. 489.

loi ne mentionne nulle part et n'organise pas l'extension des règles du change en dehors des effets de commerce. Le reproche donc, ne peut pas être légal, ce n'est pas dans la loi qu'on trouvera l'appui nécessaire à la théorie de « l'assimilation complète ». C'est la jurisprudence qui a construit ce système de « créances civiles à ordre », c'est à elle qu'il faut s'en prendre.

Mais nous avons vu, au cours de cette étude, que la jurisprudence ne construit pas par des procédés abstraits et elle n'aboutit pas à un système de pure logique. Elle est souvent contradictoire et, dans cette matière surtout, elle nous offre un exemple éclatant. Si on s'en tient à ce que dit la jurisprudence, on serait vraiment embarrassé de dire si les règles du change tiennent à la nature du titre ou à la forme. Tout en affirmant qu'elle ne cherche pas à connaître la nature de l'obligation à ordre, et qu'elle s'attache à la forme, elle refuse pourtant d'admettre l'application de la règle de l'opposabilité des exceptions aux polices d'assurance. En effet, c'est surtout à l'occasion de ces titres à ordre qu'on a remis en discussion la question de leur assimilation complète avec les effets de commerce : « *Considérant... qu'on ne saurait avoir, vis-à-vis des assureurs, d'autres et plus amples droits que le cédant lui-même ; — Qu'ils ne sont que des ayants cause et sont passibles dès lors, de toutes les exceptions qui peuvent lui être opposées* (201) ». La Cour de cassation, confirmant cette théorie a contribué à aggraver la confusion et à maintenir l'incertitude où l'on se

(201) Cour de Paris, 24 juin 1891.

trouvait par rapport à la nature juridique des titres à ordre, autres que les effets de commerce : « *Que les contrats d'assurance passés dans de semblables conditions étaient entachés d'un vice initial qui en affectait la validité ; — Que ce vice n'a pu être effacé par la cession ultérieure. Les assureurs ont été fondés à opposer la nullité de leur obligation aux cessionnaires des polices, comme ils eussent pu l'opposer au cédant lui-même* (202) ».

M. le Conseiller rapporteur Cotelle, soutenant la même idée à cette occasion, a donné les raisons intimes de cette résistance opposée par la jurisprudence à l'extension de la règle du change : « *Les compagnies ne sont nullement liées par des déclarations qu'elles ne reçoivent que sous toute réserve du droit d'en contester, le cas échéant, l'exactitude* ».

Partout, nous trouvons la même affirmation : ce n'est pas un endossement de change, c'est une cession simplifiée. Il ne faut pas pourtant se faire illusion. La jurisprudence n'a pas été toujours logique avec elle-même et n'a pas eu souci d'une conséquence irréprochable.

Il y a des arrêts, en effet, qui n'éprouvent aucun embarras à admettre l'extension de la règle de l'inopposabilité des exceptions à toutes les créances à ordre : « *Un billet à ordre qui n'énonce pas la valeur fournie, n'en est pas moins susceptible, si d'ailleurs, il a une cause réelle, d'être transmis par la voie de l'endossement et cet endossement produit effet, non seulement*

(202) Cass., 31 juillet 1893 (S. 94.1.212).

de l'endosseur au porteur, mais encore à l'égard du souscripteur, en ce sens, que celui-ci ne peut opposer au porteur, les exceptions qu'il aurait pu opposer à l'endosseur (208) ».

L'un des derniers arrêts paraît même aller plus loin et poser le principe même de l'extension de la règle, en termes assez généraux : « *En pareil cas, le porteur de bonne foi, se trouvant, ipso facto, investi d'un droit propre et direct, n'est passible que des exceptions qui lui sont personnelles ou qui résultent de la teneur même de l'acte. On ne saurait notamment, lui opposer une exception tirée de ce que le prêteur, porteur originaire, n'aurait pas versé à l'emprunteur (souscripteur de l'obligation) la totalité de la somme dont celui-ci s'est reconnu débiteur. Et cette conséquence légale de l'obligation au porteur s'applique aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale (209) ».*

La même incertitude, la même contradiction, nous la constatons dans la doctrine. Comme la jurisprudence, elle est partagée en deux camps. Les auteurs favorables à l'extension des règles du change et notamment de l'inopposabilité des exceptions, tournent autour d'une même idée : il ne faut pas entraver la circulation rapide des titres à ordre. Or, admettre l'opposabilité des exceptions, c'est du coup, arrêter toute circulation des titres à ordre, en les discréditant et entravant leur négociabilité : « *En admettant que les exceptions opposables aux porteurs précédents, pou-*

(208) S. 49.I.395.

(209) Civ. Cass., 9 nov. 1896.

vent être opposées au dernier porteur, on nuit à la circulation des titres dans lesquels on a inséré la clause à ordre, précisément pour qu'ils puissent facilement circuler (205) ». En des termes plus énergiques et avec une argumentation très suggestive, M. A. Wahl soutient la même thèse : « Qu'a-t-on voulu ? la circulation rapide du titre. Quel est le moyen d'y arriver ? que le porteur n'ait pas à s'inquiéter des résultats des relations personnelles existant entre ses divers prédécesseurs et l'émettant. Dire qu'on s'acquittera envers le porteur quel qu'il soit, n'est-ce pas dire qu'on ne s'occupera pas des relations existant entre le débiteur et d'autres que ce porteur ? Créer une forme dont le but principal est une circulation rapide, n'est-ce pas s'engager à ne rien faire qui entrave cette circulation ? (206) ».

Les adversaires répondent : « L'inopposabilité des exceptions résulte de la qualité de répondant des autres signataires... qualité toute spéciale aux effets de commerce, car, dans les autres titres à ordre, le signataire se borne à donner acte par avance, des substitutions futures de créanciers, sans vouloir se lier envers ce dernier plus strictement qu'il n'était tenu vis-à-vis du créancier plus ancien (207) ». M. Thaller, qui a une attitude bien nette dans cette controverse, conclut : « la règle de l'inopposabilité des exceptions, vraie du

(205) Ch. Lyon-Caen, n° 157 (e), t. III. *Tr. de dr. comm.*

(206) A. Wahl, *Tr. théorique et pratique des titres au porteur*, n° 281.

(207) Thaller, *Traité*, n° 1502 et surtout, *De la nature juridique des titres de crédit*, n° 112.

change, vraie des titres monétaires, mais inexacte et fausse pour les autres instruments à ordre et au porteur (208) ».

Que décider au milieu de cette controverse ?

N'est-on pas un peu victime de l'illusion qu'on se fait de la nécessité de circulation rapide des titres, autres que les effets de commerce ? On nous répète à l'envi « *qu'il est nécessaire que le cessionnaire soit à l'abri des exceptions susceptibles d'être opposées aux porteurs précédents et dont aucun indice ne lui a laissé soupçonner l'existence (209) »*. Mais vis-à-vis de l'intérêt de celui qui prêtera de l'argent, pour faciliter la circulation du titre, n'y a-t-il pas un égal intérêt à protéger, sans sacrifier les principes généraux du droit, l'assureur, victime d'un vol ? Pourquoi préférer l'intérêt de celui-ci et non pas de l'autre ? Il y a vraiment de l'arbitraire dans l'un et l'autre cas.

Ne vaut-il pas mieux de chercher dans la jurisprudence des situations analogues, offertes par des matières qui ont suivi la même évolution et adopter ainsi les mêmes solutions ?

A propos des sociétés civiles à forme commerciale, on a été fort embarrassé, lorsqu'on a proposé de leur appliquer les règles de la loi commerciale et spécialement la faillite. La controverse célèbre a duré bien longtemps et on a mis à contribution tous les arguments d'ordre juridique et politique, mais la jurisprudence a résisté jusqu'à la loi du 1^{er} août 1893, qui a

(208) Thaller, *De la nature jurid.*, n° 102.

(209) Levillain, note sous Cass., 31 juillet 1893 (D. 95.1.137).

assimilé les sociétés civiles à forme commerciale avec les sociétés commerciales proprement dites.

Il est plus prudent, nous pensons, de suivre l'exemple des sociétés et d'écarter l'application de la règle de l'inopposabilité des exceptions, règle purement commerciale, aux obligations civiles à ordre, avant toute réforme législative.

Certes, nous évoluons vers l'unité du droit privé, mais il n'en est pas moins vrai que nous vivons encore sous le régime de la dualité de la législation privée et que, jusqu'à leur fusion complète, la seule solution juridique nous semble être celle qui dérive des prescriptions des règles fondamentales.

Lorsqu'il s'agit d'une créance ordinaire, le droit est indépendant du titre qui l'exprime. L'obligation reste valable et la preuve peut être cherchée ailleurs, si le titre vient à être annulé. Lorsqu'il s'agit d'un effet de commerce, au contraire, le droit s'incorporant au titre, la nullité de celui-ci entraîne la nullité de l'obligation. Là est la différence fondamentale qui sépare, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine, les effets de commerce des autres titres à ordre.

Ces règles ne peuvent être atteintes d'une façon sérieuse par des considérations extra-judiciaires. Autrement on tomberait dans l'incertitude et dans l'anarchie de l'interprétation du droit positif.

Dans l'analyse du conflit entre la loi spéciale du change et la loi civile et dans la méthode suivie par nous pour le triage des règles civiles applicables et de celles non applicables aux créances à ordre autres que les effets de commerce, nous nous sommes spéciale-

ment attachés à la forme du titre. La forme entraîne certaines conséquences qu'on ne saurait éviter sans de sérieux inconvénients. Là où la forme a exigé un sacrifice d'un texte civil, nous n'avons pas hésité à l'accorder. Nous nous sommes pourtant gardés de pousser à l'extrême, les conséquences du formalisme. Notre intention a été d'harmoniser le droit commun avec la forme spéciale des titres à ordre et au porteur. Cette intention nous a servi de guide dans l'analyse des matières que nous avons touchées au cours de cette étude.



TABLE DES MATIÈRES

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE I. — Considérations générales sur le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit.....	1
CHAPITRE II. — Causes des changements des institutions juridiques. — Tendances de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence vers l'unification du droit privé.....	8
CHAPITRE III. — Etude sommaire de l'influence du droit commercial sur le droit civil. — Lois. — Doctrine. — Jurisprudence. — Réserves légitimes.....	15
CHAPITRE IV. — L'étude spéciale de la clause à ordre nous permet de nous faire une idée assez précise de la fusion du droit commercial et du droit civil.....	26

DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE I. — Conflits entre la loi civile et la loi commerciale. — L'idée qui domine la législation commerciale	29
CHAPITRE II. — Suite. — Premières résistances de la jurisprudence civile devant l'invasion des règles commerciales. — Premières concessions. — Etude de cette jurisprudence. — Etude de la doctrine favorable à l'extension de la clause à ordre aux obligations civiles. — La clause au porteur....	33
CHAPITRE III. — Etude des phases successives par lesquelles ont passé les créances civiles pour être transmissibles par voie d'endossement. — Jurisprudence	48

CHAPITRE IV. — L'article 1690 C. civ., n'est pas d'ordre public. — La question de la publicité organisée par cet article. — Publicité insuffisante. — La juris- prudence avait rendu inutiles les formalités de l'art. 1690, C. civ.....	58
CHAPITRE V. — L'incessibilité des créances dans le droit romain. — Le rôle de la « signification » exigée par l'art. 1690 C. civ. — Son rôle restreint dans le droit romain. — Son rôle exagéré dans le droit moderne	67
CHAPITRE VI. — Titres qui ont bénéficié de l'extension de la clause à ordre ou au porteur. — Les droits immobiliers, à ordre ou au porteur.....	71
CHAPITRE VII. — Une nouvelle définition des obligations. — Consé- quences. — La connaissance exacte du créan- cier n'est pas nécessaire au moment où naît l'obligation. — Divers exemples. — Justifica- tion de la clause à ordre.....	88
CHAPITRE VIII. — Etude des transformations subies par certaines règles du droit civil, par suite de l'adoption de la clause à ordre. — Règles commerciales changées sous l'influence de la nature civile de l'obligation.....	96
CHAPITRE IX. — Les conséquences du caractère mixte de l'obli- gation civile à ordre. — Fléchissement des lois civiles et commerciales. — Etude détaillée. — Indépendance de l'obligation civile, malgré sa forme commerciale.....	103
CHAPITRE X. — Etude des règles spéciales du change et de leur nature juridique. — Inopposabilité des excep- tions. — Diverses théories qui ont essayé de l'expliquer. — Réfutation. — Réfutation de la théorie de la délégation. — Institution indé- pendante, sortie du monde des affaires, sans parenté avec les règles classiques.....	125
CHAPITRE XI. — La question de l'assimilation des obligations civiles à ordre ou au porteur avec les effets de commerce. — Contradictions de la jurispru- dence. — Contradictions de la doctrine. — Solution proposée.....	151

